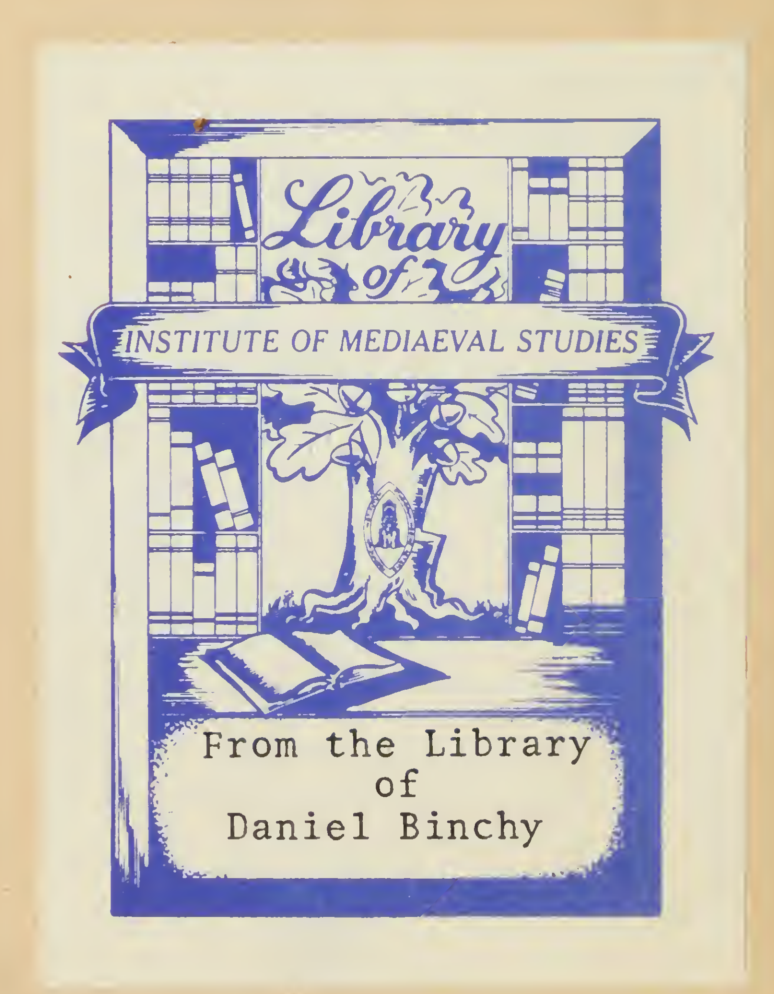



Library of
INSTITUTE OF MEDIAEVAL STUDIES
From the Library
of
Daniel Binchy

ZEITSCHRIFT

FÜR

VERGLEICHENDE RECHTSWISSENSCHAFT.

HERAUSGEGEBEN

VON

Dr. FRANZ BERNHÖFT
o. ö. Professor an der Universität Rostock

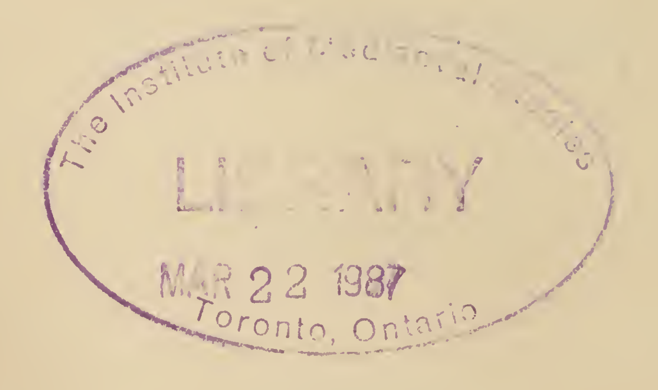
Dr. GEORG COHN
o. ö. Professor an der Universität Zürich, correspond. Mitglied der R. Accademia di Scienze Lettere ed Arti di Padova

UND

Dr. J. KOHLER
o. ö. Professor an der Universität Berlin, Auswärtigem Mitgliede des Königl. Instituts voor de Taal-Land- en Volkenkunde van Nederlandsch Indië, Correspondirendem Delegirten der Société Académique Indo-Chinoise zu Paris, Correspondirendem Mitglied der Société de Législation comparée in Paris und der Genootschap van kunsten en wetenschappen in Batavia, Ehrenmitglied des Istituto di Storia del Diritto Romano an der Universität Catania, Mitglied der Gesellschaft für Rheinische Geschichtskunde in Köln.

DREIZEHNTER BAND.

STUTTGART.
VERLAG VON FERDINAND ENKE.
1899.



Druck der Union Deutsche Verlagsgesellschaft in Stuttgart.

Inhalt.

Literarische Anzeigen.

I.

Gemeinderschaft und Hausgenossenschaft.

Vortrag [1]), gehalten in der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirthschaftslehre zu Berlin am 16. Oktober 1897.,

Von

Georg Cohn.

Einleitung.

Dem deutschen Juristen, der mit dem schweizerischen Recht sich zu beschäftigen beginnt, bieten sich beim Studium desselben gar mancherlei Ueberraschungen dar. Er findet neben der grossen Menge ihm aus der eigenen Heimat gar wohlbekannter Institute auf der einen Seite zahlreiche Neubildungen allermodernster und gar oft sehr radicaler Art, auf der anderen Seite aber auch nicht ganz wenige Rechtseinrichtungen alterthümlichsten Gepräges, die, in Deutschland längst beseitigt, sich gleichsam wie „Petrefacte vergangener Epochen“ in einzelnen Kantonen durch die Jahrhunderte hindurch bis in die Gegenwart erhalten haben.

So finden wir, um nur ein paar Beispiele fortgeschrittenster Gesetzgebung anzuführen, den 11stündigen Maximal-

[1]) Der zu Grunde liegende Vortrag wurde unter dem Titel „Die schweiz. Gemeinderschaft“ gehalten und ist nunmehr durch literarische und andere Nachweise ergänzt und erweitert.

arbeitstag [2]), Referendum [3]) und Initiative [4]), die Minoritätenvertretung [5]), die Ausdehnung des Firmen- und Procurenrechts auf Nichtkaufleute [6]) und die ziemlich allgemeine Commercialisirung des Obligationen-Rechts [7]), in Zürich auch die volle Abschaffung des Parteien- und Zeugeneides [8]). Auf der anderen Seite begegnet uns hie und da noch die Landsgemeinde [9]), die uns in manchem Zug an das Concilium des Tacitus gemahnt, begegnet uns die Zurücksetzung der Frauen im Erb- und Familienrecht [10]), der Ausschluss der Muttermagen durch die Vatermagen [11]), das sogen. Geniessverhör der ausserehelichen Mutter während der Geburtsschmerzen [12]) und — unter sehr

---

[2]) Bundesgesetz, betr. d. Arbeit in d. Fabriken, vom 23. März 1877, Art. 11—14.

[3]) Es ist obligatorisch in mehreren Kantonen, z. B. Zürich, Bern, facultativ im Bund (sofern nämlich 30,000 Schweizerbürger oder 8 Kantone innerhalb 90 Tagen nach Veröffentlichung des Erlasses im Bundesblatt es verlangen. Art. 89 der Verfassung, B.G. vom 17. Juli 1874 und Verordnung vom 2. Mai 1879), sowie in einzelnen Kantonen, z. B. Zug, Basel Stadt. Vgl. Schlatter, Neuer Rechtskalender der Schweiz. Eidgenossenschaft. 1895 S. IV, 3, 39, 180, 231.

[4]) Bundesgesetz über d. Verfahren bei Volksbegehren v. 27. Januar 1892. Schlatter p. III (G. Vogt); auch Zürich, Bern, Zug, Basel u. a. Schlatter S. 4, 39, 180, 231, 262.

[5]) Z. B. im Kanton Tessin. Verf. v. 2. Juli 1892; Schlatter S. 421.

[6]) Schweiz. Oblig.-Recht Art. 865 u. 422, Abs. 3.

[7]) Vgl. Riesser in Z. f. H.-R. Bd. 29 S. 116.

[8]) Schlatter S. 35: „Der Eid ist unbekannt".

[9]) In Uri, beiden Unterwalden, beiden Appenzell und Glarus. Schlatter S. 101, 142, 157, 169, 298, 314.

[10]) Huber, Syst. u. Gesch. des schweiz. Privatrechts, I S. 131, 132, II S. 41 ff. In 10 Kantonen sind sie durchaus unfähig zur Uebernahme der Vormundschaft (Huber I S. 581).

[11]) Noch heute in Schwyz voller Ausschluss; Zurücksetzung in Uri, Unterwalden, auch in gewisser Richtung in Luzern und Bern (Huber II S. 64).

[12]) Huber I S. 514, in Uri, Schwyz und Obwalden; vgl. auch IV S. 535. Ein Analogon ist die Gaduda bei den Bogos; vgl. Kohler in der Krit. Vierteljahrsschr. XXIII S. 23 Note und Post, Afrikan. Jurisprudenz II, 1887, S. 71.

verschiedenen Benennungen — auch das Institut der Gemeinderschaft.

Gerade dieses letztgenannte Rechtsverhältniss, das man im Allgemeinen etwa als Gütergemeinschaft unter Geschwistern oder Miterben bezeichnen könnte, glaubte ich zum Gegenstand der Betrachtung wählen zu sollen, als im Juni d. J. die ehrenvolle Aufforderung an mich erging, in der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirthschaftslehre einen Vortrag zu halten.

Ich glaubte dies um so mehr thun zu sollen, als die Specialliteratur der schweizerischen Gemeinderschaft zu jener Zeit noch weniger reich war; gab es doch damals ausser den grösseren allgemeinen Werken von Bluntschli[13]), Gierke[14]), Heusler[15]), Huber[16]), Maurer[17]) und abgesehen von einigen gelegentlichen Bemerkungen von Duncker[18]), Orelli[19]) und Wyss[20]) nur eine einzige, sehr selten ge-

[13]) Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich, 1838, I S. 442—447; II S. 187. Privatrechtliches Gesetzbuch. Mit Erläuterungen III S. 349—358. Deutsches Privatrecht, 3. Aufl. 1864, S. 161 N. 11.

[14]) Gierke, Das D. Genossenschaftsrecht I, 424; II, 948 ff.; III 821, Genossenschaftstheorie und Rechtssprechung 345 ff., 361, 368 N. 3, 407, 412 ff; Deutsches Privatrecht 1895, I S. 663 ff., 670, auch Z. f. Rechtsgesch. XII S. 481 ff. (über Hausgenossenschaft).

[15]) Heusler, Institut. des Privatrechts 1885, I S. 223, 227 ff.; II, 54, 187, 315, 342, 348, 400 ff., 450 ff., 579 ff., 621.

[16]) Eugen Huber, System und Geschichte des Schweiz. Privatrechts 1886 ff., I, 605; II, 79, 107, 271, 289, 329, 330, 339, 441; III S. 758—765; IV, 250—261, 500, 544, 550, 697, 698, 722.

[17]) Georg Ludw. Maurer, Geschichte der Fronhöfe, der Bauernhöfe und der Hofverfassung in Deutschland IV (1863) S. 280 ff.

[18]) Ludwig Duncker, Das Gesammteigenthum. Marburg 1843, S. 34, 36—39.

[19]) v. Orelli in Zeitschrift für Schweiz. Recht III (1859) S. 40.

[20]) F. v. Wyss, Geschichte des Zürcher. Konkurs-Processes 1845, S. 80, sowie in Z. f. Schweiz. Recht XIX, S. 101 ff. und Die ehelichen Güterrechte der Schweiz in ihrer rechtsgesch. Entwickel. 1896, S. 110.

wordene, übrigens etwas antiquirte und das Thema nicht ganz erschöpfende Monographie von Dr. Emil Wuhrmann aus Winterthur[21]). So durfte ich damals hoffen, vielleicht auch das eine oder andere minder Bekannte Ihnen mittheilen zu können.

Es ist nun ein eigenthümliches Zusammentreffen, dass im September d. J. eine neue, auf Grundlage der Quellen sorgfältig bearbeitete und gut geschriebene Abhandlung über die Gemeinderschaften der Schweiz erschienen ist.

Wir verdanken sie einem jungen und talentvollen Züricher, Herrn Dr. Max Huber[22]), und da er im Vorwort mittheilt, dass er sie im deutschrechtlichen Seminar der Universität Berlin unter Förderung des Herrn Geh.-Rath Gierke gearbeitet hat, so dürften wir auch wohl den Anschauungen dieses hervorragenden Germanisten in der Max Huber'schen Schrift nicht selten begegnen.

Wenn ich trotz dieser erheblichen Bereicherung der Gemeinderschaftsliteratur bei meinem gewählten Thema stehen geblieben bin, so geschah dies nicht nur aus äusseren Gründen.

Darf doch auch der Aehrenleser, der dem Schnitter folgt, noch immer einige Halme zu finden hoffen. Sodann ist die Max Huber'sche Schrift, die sich planmässig auf die Schweiz beschränkt, der Rechtsvergleichung, der Ihre Gesellschaft ja in erster Reihe gewidmet ist, so gut wie gänzlich aus dem Wege gegangen. Endlich lässt die actuelle Bedeutung, die die Gemeinderschaftsfrage augenblicklich für die eidgenössische Ge-

---

[21]) Sie ist ohne Jahreszahl in Leipzig (Druck von Alexander Edelmann) erschienen und um das Jahr 1867 verfasst.

[22]) Fortan stets mit Vornamen citirt; wo sich Huber ohne Vornamen findet, ist dagegen Prof. Dr. Eugen Huber's klassisches Werk über System und Geschichte des Schweiz. Rechts (vgl. oben N. 16) gemeint. Die Max Huber'sche Schrift betitelt sich „Die Gemeinderschaften der Schweiz auf Grundlage der Quellen dargestellt“ und ist als 54. Heft der von Gierke herausgegebenen Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte in Breslau, 1897, erschienen.

setzgebung hat, es sehr erwünscht erscheinen, wenn eine Vereinigung von der Bedeutung der Ihrigen die Frage de lege ferenda vielleicht zum Gegenstande der Prüfung und Discussion machen wollte.

Die Max Huber'sche Schrift überhebt mich überdies wenigstens zum Theil des genaueren Eingehens in manche Details.

Gestatten Sie mir nun, aus praktischen Erwägungen vom geltenden Recht, und zwar vom jus scriptum, auszugehen. Erst nachdem wir das Institut, wie es heute in der Schweiz gesetzlich besteht, kennen gelernt, erst dann dürfte es angezeigt sein, der historischen Entwickelung nachzugehen, eine rechtsvergleichende Umschau zu halten und zum Schluss die Gesetzgebungsfrage aufzuwerfen.

Capitel I.

Die schweizerische Gemeinderschaft im heutigen Recht.

§ 1.

Zürich.

Von den 22 Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft entbehren bekanntlich 7 der privatrechtlichen Codification[23]); von den übrigen schliessen sich 6 dem französischen[24]) Code, 4 dem österreichischen B. G.B. mehr oder minder treu an[25]), während eine dritte Gruppe von Zürich und seinen 4 resp. 6 Tochterrechten[26]) gebildet wird. Man

---

[23]) Huber I S. 50 nennt 7 Kantone: Uri, Schwyz, Unterwalden, Basel, Appenzell, St. Gallen u. Thurgau; über Appenzell a. Rh. vgl. jedoch auch S. 59 und IV, 198, über Thurgau und Nidwalden, die theilweise Zürich folgen, I S. 51, 57 und IV, 196, 197.

[24]) Genf, Waadt, Freiburg, Wallis, Neuenburg, Tessin; ausserdem gilt der Code c. auch im Berner Jura, Huber I S. 52—54; IV S. 186—190.

[25]) Bern (alter Kantontheil), Luzern, Solothurn und Aargau, Huber I S. 54; IV S. 190—193. Vgl. über Luzern aber auch unten N. 102.

[26]) Schaffhausen, Zug, Graubündten und Glarus, sowie theilweise Thurgau und Nidwalden. Huber I S. 56—58; IV S. 195—197.

kann, wie in Deutschland [27]), auch in der Schweiz noch immer vergleichende Rechtswissenschaft treiben, ohne die Grenzen zu überschreiten [28]).

Von diesen Gesetzbüchern kennen die der österreichischen Gruppe unser Institut gar nicht; es begegnet uns dagegen in drei Nachbildungen des französischen Code, sowie insbesondere im Zürcher Pr. G.B. und in einem seiner Tochterrechte.

Beginnen wir mit dem Kanton, in dem das Institut verhältnissmässig wohl am häufigsten vorkommt, mit dem Kanton Zürich.

1. Das von Bluntschli um das Jahr 1850 ausgearbeitete und mit geringen Aenderungen [29]) noch jetzt in Kraft stehende Privatrechtliche Gesetzbuch behandelt unser Institut im Obligationenrecht unter dem Doppelnamen „Gemeinderschaft“ oder „Zusammentheilung“. Das Gesetz giebt keine eigentliche Definition, sondern in § 553 folgende Umschreibung:

„Eine Gemeinderschaft (Zusammentheilung) entsteht, wenn zwei oder mehrere Geschwister ihr ganzes Vermögen oder mindestens das ganze bewegliche Gut zusammenthun in der Absicht, Gewinn und Verlust, Glück und Unglück zusammen zu theilen, um eine Vermögensgemeinschaft zu haben.“

2. Als Subjekte dieser Vermögensgemeinschaft erscheinen sonach principiell nur die Geschwister, doch darf nach § 554 ausnahmsweise die Gemeinderschaft auch mit den Kindern verstorbener Geschwister eingegangen oder fortgesetzt werden; unter weiteren Verwandten dagegen nicht, nicht einmal unter

---

[27]) Vgl. Paul Gide in der Nouvelle Revue histor. de droit français et étranger II, 1878. S. 252: „Les Allemands ne sont pas encore arrivés, à l'heure qu'il est, à l'unité de législation, et ils peuvent faire du droit comparé sans sortir de chez eux.“

[28]) Huber I S. 3: „Und so ist sie (die Wissenschaft des Schweizer. Privatrechts) ein Stück vergleichender Rechtswissenschaft.“

[29]) Vgl. über die neue Schneider'sche Redaction v. 4. Sept. 1887 Huber II S. 535 ff. Die Bezifferung der Paragraphen hat gewechselt; den ursprünglichen §§ 1366—1378 entsprechen jetzt §§ 553—565.

Geschwisterkindern allein; es muss sich vielmehr dann immer ein Oheim oder eine Tante darunter befinden[30]. Ascendenten und Descendenten können ebensowenig wie Ehegatten eine richtige Gemeinderschaft bilden.

Die Mitglieder der Gemeinderschaft führen den gesetzlichen Namen: Gemeinder.

3. Objektiv ist unsere Gemeinderschaft entweder allgemeine Gütergemeinschaft oder Fahrnissgemeinschaft; für erstere streitet die Vermuthung (§ 558).

Die Gemeinderschaft bezieht sich ebensowohl auf das gegenwärtige, als auch auf das zukünftige Vermögen, gleichviel, ob es aus Erbschaft oder Arbeit herrührt.

Gesetzliche Sondergüter giebt es nicht, dagegen sind vertragsmässige zugelassen (§ 553, Abs. 2).

4. Diese Gemeinderschaft entsteht nie ipso facto, auch nicht unter Miterben, wären es gleich Geschwister, und setzten sie auch im Hause der verstorbenen Eltern das Zusammenleben fort.

Das Zürcher Gesetz erfordert vielmehr in § 555 zu ihrer Gültigkeit stets einen ausdrücklichen Vertrag, und zwar einen schriftlichen, gerichtlich genehmigten, kanzleiisch gefertigten, d. h. in der Notariatskanzlei protokollirten, registrirten und ausgefertigten und nach § 557 auch amtlich kundgemachten Vertrag.

Die Prüfung des Bezirksgerichts bezieht sich auf Handlungsfähigkeit, Willensfreiheit, Klarheit und Angemessenheit des Inhalts, sowie auch auf das Verhältniss der Pflichttheilsberechtigten. Die letzteren sollen nach § 556 gehört werden, ohne dass es aber doch ihrer Zustimmung bedürfte. Mögen auch ihre Interessen für die Zukunft gefährdet sein, so darf doch das Gericht unter freier Berücksichtigung aller Verhältnisse den Vertrag bestätigen; auch ein späteres Anfechtungsrecht der Pflichttheilsberechtigten ist ausdrücklich versagt.

5. Der Vertrag muss mindestens über zwei Punkte An-

---

[30]) Schneider N. 1 zu § 554.

ordnung treffen, über Stellvertretung und Verwaltung (§ 559). Das Gesetz stellt darüber keine dispositiven Normen auf.

Verwaltung und Vertretung können vertragsmässig entweder allen gemeinsam oder einem Einzelnen oder auch jedem der Gemeinder überlassen sein; für Immobiliargeschäfte fordert die Jurisprudenz jedoch im Zweifel allseitige Zustimmung[31]).

Von einem gesetzlichen Vorzugsrecht des Aeltesten betreffs Verwaltung und Vertretung ist keine Rede.

6. Eine gemeinsame Haushaltung ist allgemein üblich, und wenn die gesetzliche Absicht erreicht werden soll, fast nothwendig; dennoch ist sie gesetzlich nicht gefordert. Jedenfalls wird Gewinn und Verlust vollständig gemeinsam, die Gemeinderschaft sitzt auf Gedeih und Verderb, und es kommt weder in Betracht, wie viel der Einzelne erarbeitet oder ererbt, noch wird darnach gefragt, ob der Eine nur consumirt, der Andere auch producirt hat.

7. Das zusammengekommene Vermögen und seine Vermehrung bildet das „gemeine Gut". Das Eigenthum an demselben wird, nach dem Wortlaut des § 560, „solange die Gemeinderschaft dauert, nicht in Theile zerlegt und ohne Unterscheidung ideeller Theile gemeinsam von den Gemeindern ausgeübt." Damit sollte nach Bluntschli's eigenem Commentar[32]) gesagt sein: Das gemeine Gut steht in dem Gesammteigenthum der Gemeinderschaft; es bestehe mithin gemeinschaftliche Herrschaft der Gemeinderschaft und der Gemeinder.

Nun hat aber die vor 10 Jahren mit Rücksicht auf das eidgenössische Obligationenrecht vorgenommene Revision des Gesetzbuchs — die Seele dieser Revision war Prof.

[31]) Schneider N. 1 a. E. zu § 559.

[32]) Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich mit Erläuterungen herausgegeben von Bluntschli, Bd. III, 1855, S. 354 in Verbindung mit Bd. II, 1854, S. 81 Bemerkung 1: Es ist eben Gesammteigenthum, d. h. Herrschaft der Genossenschaft und der Genossen der Gemeinschaft.

Schneider — die Bestimmungen über das Gesammteigenthum aus dem Gesetzbuche gestrichen [33]), ohne doch den auf unser Institut bezüglichen Paragraphen abzuändern; nach dem Schneider'schen Commentar drückt der § 560 aber doch immer noch den wesentlichen Gedanken aus, dass „der einzelne Gemeinder seinen Antheil am gemeinsamen Vermögen weder veräussern noch verpfänden kann."

Die Gemeinderschaft ist hienach keine römische Societät, sie ist aber ebensowenig — denn das Vermögen gehört den Gemeindern selbst, nicht einer von ihnen verschiedenen selbstständigen Persönlichkeit — eine juristische Person; wir haben es vielmehr mit einem Hauptfall der germanischen gesammten Hand zu thun, mit jenem Verhältniss, das erfreulicher Weise ja auch im D. B. G.B., obschon nicht dem Namen nach, so doch sachlich im Gesellschaftsrecht, im ehelichen Güterrecht und zum Theil wenigstens auch im Miterbenrecht wieder zu Ehren gebracht ist [34]).

Wenn nun drei oder vier Geschwister eine Gemeinderschaft geschlossen haben, so mag der Einzelne wohl sich sagen, dass für den etwaigen Fall der Theilung ihm 1/3 oder 1/4 vom Gemeingut zufallen würde, dass er also eine „Anwartschaftsquote" besitze [35]), aber er weiss auch, dass er über diese seine Quote während des Bestehens der Gemeinderschaft nicht verfügen darf, dass er den Mitgemeindern also keinen Fremdling aufdrängen kann; die Quote ist während der Gemeinschaft, wie man sagt, schlummernd, ruhend, latent, stillgestellt [36]).

8. Die Gemeinderschaft ist zwar nicht auf ewige Zeit ge-

---

[33]) „Weil dieselben praktisch neben dem Miteigenthum entbehrlich erschienen und wohl auch der Begriff des Gesammteigenthums als von der Wissenschaft aufgegeben bezeichnet werden darf." Bericht an das Volk bei Schneider S. 108 N. 1 zu § 108.

[34]) Vgl. unten im letzten Paragraphen.

[35]) § 563 spricht geradezu von „Theil des verstorbenen Gemeinders".

[36]) Vgl. Heusler I S. 239; Gierke, Dt. Privatrecht S. 678 bei N. 73; Max Huber S. 2.

schlossen, — dadurch unterscheidet sie sich wesentlich von der ritterlichen Ganerbschaft [37]) — aber sie ist doch auf die Dauer, und zwar der Regel nach auf die Lebenszeit der Gemeinder berechnet [38]).

Daher kann der Einzelne weder ganz willkürlich zurücktreten, noch ist er unlöslich an die Genossen gebunden, vielmehr kann Jeder „aus erheblichen und zureichenden Gründen" die Auflösung verlangen (§ 561).

Als Beispiele solcher justae causae nennt das Gesetz nur Verheirathung und proles superveniens; als weitere erhebliche Gründe erklärte das Zürcher Obergericht in einem concreten Falle dauernden Hader, üble Behandlung, Quälerei und Hintansetzung eines Gemeinders durch die Anderen [39]).

9. Der Tod eines Gemeinders wirkt in der Regel auflösend; der Vertrag kann ihm aber diese Wirkung entziehen und festsetzen, dass die Gemeinderschaft unter den Ueberlebenden allein oder auch mit den Kindern des Verstorbenen fortdauern soll (§ 562). In letzterem Falle haben die Kinder immerhin die Wahl, ob sie ausscheiden oder in der Gemeinderschaft verbleiben und den Theil des Verstorbenen gemeinsam übernehmen wollen (§ 563).

10. An die Auflösung schliesst sich die Theilung an.

Das Theilungsverhältniss richtet sich in erster Linie nach dem Vertrag, im Zweifel wird zu gleichen Theilen getheilt (§ 565).

Dabei wird zwar das zur Zeit der Auflösung vorhandene Gemeingut vertheilt, aber doch auf Grund der Verhältnisse

---

[37]) Duncker, Gesammteigenthum S. 51, 145—152; Ed. Wippermann, Kleine Schriften jurist. und rechtshistor. Inhalts. 1. Heft über Ganerbschaften, Wiesbaden 1873; Beseler, Erbverträge I S. 83 N. 30; Wuhrmann S. 69; Gierke, Genossenschaftsrecht I S. 424 ff.;II S. 934 N. 11; III S. 719 N. 77 und D. Privatrecht I S. 666; Heusler I S. 231 bis 233; Max Huber S. 12.

[38]) Schneider N. 1 zu § 561.

[39]) Schneider a. a. O. Vgl. unten N. 50.

bei Entstehung, nicht auf Grund der Verhältnisse bei Auflösung der Gemeinderschaft, denn § 563 sagt ausdrücklich, dass, falls die Kinder eines verstorbenen Gemeinders in der Gemeinderschaft verbleiben, „der Theil des verstorbenen Gemeinders nun von dessen Erben gemeinsam übernommen wird." Die Liquidation erfolgt also ex tunc, nicht ex nunc. Das hat Max Huber S. 94 gegen Prof. Eugen Huber meines Erachtens ganz richtig ausgeführt.

Darin aber möchte ich ihm, wenigstens was den Ausdruck anlangt, widersprechen, dass die Theilung erst die Quoten erzeugt; die Theilung weckt sie nur; die Quote wird jetzt nur wirksam, während sie früher zwar schlummernd, stillgestellt, der Disposition des Gesammthänders entzogen, aber immer doch schon im Hintergrunde vorhanden war; „die Quoten, nach denen schliesslich getheilt wird, müssen," wie Heusler S. 239 höchst zutreffend bemerkt, „schon irgendwie vorhanden gewesen sein; woher sollten sie sonst entstehen?" [39a])

11. In allen bisher erwähnten Wirkungen tritt die Gemeinderschaft verhältnissmässig nur wenig aus dem Rahmen des deutschen Gesellschaftsrechts heraus; spricht doch auch § 719 des D. B. G.B. dem Gesellschafter die Berechtigung ab, über seinen Antheil zu verfügen und willkürlich Theilung zu verlangen.

Eine ganz besondere, über das moderne Gesellschaftsrecht weit hinausreichende Wirkung der Gemeinderschaft ist es nun aber — und hauptsächlich um dieser Wirkung willen wurde und wird wohl in der Regel die Gemeinderschaft geschlossen [40]) —, dass § 564 für den Fall des kinderlosen Absterbens eines Ge-

---

[39a]) Ueberraschend ähnlich argumentirt bereits im 12. Jahrhundert der Çilāhāra-König Aparārka in seinem Kommentar zum Yājnavalkya. „Partition, says Aparārka, does not create a new right; it has but the effect to render visible the right of each of the former joint owners to his particular share of the estate." Vgl. Jolly, Outlines of an history of the Hindu Law of partition etc. Calcutta, 1885, S. 87 u. 13.

[40]) Vgl. auch Duncker S. 37. Gierke, Genoss. II, S. 953 N. 41, aber auch unten N. 208.

meinders den überlebenden Gemeindern ein gesetzliches Recht[41]) giebt, in dessen Ansprüche auf das gemeine Gut als seine Erben einzutreten, und zwar mit Ausschliessung anderer ausserhalb der Gemeinderschaft stehender Erben.

Es gehen also die in der Gemeinderschaft stehenden Geschwister den ausserhalb derselben stehenden vor, ja, wenn ein Onkel und ein Neffe Gemeinder sind, so erhält bei des Onkels Tode der Neffe das gesammte Gemeingut, und ein nicht zur Gemeinderschaft gehörender Bruder des Verstorbenen geht bezüglich des Gemeinguts ganz leer aus; nur in das vorbehaltene Sondergut findet die gewöhnliche Intestaterbfolge statt. Ein Erbrecht eines ausserhalb der Gemeinderschaft stehenden Bruders besteht erst, wenn alle Glieder der Gemeinderschaft ohne Nachkommen verstorben sind[42]).

Wenngleich das Zürcher G.B. hierbei von dem Recht, als Erbe einzutreten, spricht, und obschon Bluntschli, Wuhrmann und Schneider in der Gemeinderschaft einen „Erbvertrag eingeschlossen“ erachten[43]) so handelt es sich doch in Wahrheit weder um ein gesetzmässiges, noch um ein ver-

---

[41]) Wohl nicht ganz correct nennt § 564 dies gesetzliche Recht ein „vertragsmässiges Recht“; versteht es sich doch, wie Bluntschli's Commentar III S. 357 selbst hervorhebt, „von selbst, wenn eine Gemeinderschaft eingegangen wird; abweichende Bestimmungen bedürfen ausdrücklicher Festsetzung.“ Diese Incorrectheit erklärt sich wohl daraus, dass nach der ursprünglichen Fassung des von der Commission modificirten Entwurfs das Erbrecht nicht alle Mal, sondern nur bei vertragsmässiger Festsetzung eintreten sollte; die erste Fassung lautet: „Mit dem Vertrag über Gemeinderschaft kann der Erbvertrag verbunden werden, dass der verstorbene Gemeinder von den überlebenden Gemeindern beerbt werde.“ Bluntschli a. a. O.

[42]) Vgl. Schneider N. 1 zu § 556. Sog. rechter Anfall. Heusler I S. 244 N. 15. Stobbe, Privatrecht V S. 99 N. 26 u. S. 114 N. 26 (lediger Anfall).

[43]) Wuhrmann S. 67; Schneider N. 1 zu § 556; Erbrecht „durch eine besondere Vereinbarung“ nimmt für die ältere Zeit auch Duncker S. 37 an. Ueber Bluntschli vgl. die folgende Note.

tragsmässiges Erbrecht der Gemeinder, sondern um Consolidation, um ein jus accrescendi[44]), oder, wie französische Juristen sagen, ein jus non decrescendi[45]). Eine Mittelmeinung verficht neuerdings Max Huber; einerseits erklärt er S. 71 höchst zutreffend ein „Erbrecht für ganz ausgeschlossen," weil „man nicht erben kann, was man schon hat;" es handele sich bloss um ein Wegfallen einer Schranke, mit Nothwendigkeit ergebe sich das Accrescenzprincip; andererseits hält er S. 74 eine Scheidung der inneren und äusseren Seite des Verhältnisses für erforderlich: „Dieser Erbvertrag würde besser Accrescenzvertrag heissen, was seine Wirkung nach Innen betrifft, nach Aussen aber erscheint er als wirklicher Erbvertrag zu Gunsten aller Gemeinder gegenüber allen nicht zusammen getheilten Intestaterben."

Diese Construction dürfte aber doch sich nicht empfehlen; wer etwa unter Lebenden sein ganzes Vermögen Dritten verschenkt oder gegen Leibrente giebt oder in die eheliche Gütergemeinschaft einbringt, entzieht doch auch sein Vermögen ganz oder theilweise seinen gesetzlichen Erben; wer wollte aber in solchem Rechtsgeschäftte nach Innen eine Schenkung, einen Leibrentenvertrag, einen Ehevertrag, nach Aussen einen Erb-

---

[44]) Bluntschli Z. R. Gesch. I S. 446: „Es fiel eben nur einer der mehreren Gesammteigenthümer weg und das gemeinsame Gut blieb den Zurückbleibenden." Dagegen lehrt er in seinem Commentar S. 352 zu § 1369: „Regelmässig nämlich ist in der Gemeinderschaft ein Erbvertrag eingeschlossen". Auch das Zürcher Obergericht hat in einer Steuerfrage am 2. December 1873 erbrechtliche Wirkung der Gemeinderschaft angenommen; der betreffende Vertrag war übrigens noch vor der Abfassung des Pr. G.B., nämlich 1845 und ohne genügende Form geschlossen. Schauberg's Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtsw. 1874, S. 258. Für Consolidation kraft Anwachsungsrecht auch Gierke, Gen. Theorie S. 348 N. 1 und D. Priv. Recht I S. 680; Heusler I S. 243 und Huber IV S. 253, der jedoch aus der Accrescenz das „Erbrecht der Gemeinder" ableitet. Vgl. auch Stobbe in Z. f. R.Gesch. IV S. 218: Reduktion des Rechtssubjekts, nicht Erbrecht. Vgl. unten N. 64.

[45]) Vgl. unten bez. der communautés taisibles.

vertrag finden? Die Huber'sche Construction läuft eben auf eine Zerreissung hinaus, und es gilt wohl auch von ihr das Wort, das Elvers in Bezug auf ein ganz anderes Rechtsgeschäft ausgesprochen hat: „Eine Rechtshandlung kann nicht zugleich einen doppelten Charakter haben, sondern ist nothwendig aus dem einen oder anderen rechtlichen Gesichtspunkt zu beurtheilen"[46]).

Dass diese Accrescenz nur bei kinderlosem Absterben Platz greift, ist nicht überraschend; denn die Leibeserben bleiben ja, wenn sie wollen, in der Gemeinderschaft. Max Huber nimmt S. 83 N. 6 an, dass auch nach heutigem Zürcherischem Recht es dem Gemeinder allgemein erlaubt sei, über sein Vermögen zu verfügen, da der Tod eines Gemeinders die Zusammentheilung aufhebt. Dies Testirrecht ist aber, vom Letztlebenden abgesehen, nur für das Sondergut anzuerkennen, für das Gemeingut und die Anwartschaftsquote dagegen zu verwerfen, da der Tod nicht immer auflösend wirkt (§ 562), die letztwillige Verfügung auch begriffsmässig vor dem Tode, also vor der Auflösung der Gemeinderschaft erfolgt, und da andernfalls das Accrescenzrecht des § 564 illusorisch wäre[46a]).

Dies die leitenden Grundsätze des Zürcher Gesetzes.

12. Fragen wir nach der praktischen Anwendung der Gemeinderschaft im Zürcher Rechtsleben, so ergiebt die Statistik, dass in den 15 Jahren von 1867—1881 innerhalb des ganzen Kantons, also auf etwa 350,000 Seelen 100 Gemeinderschaftsverträge, durchschnittlich also etwa fünf bis sechs im Jahr abgeschlossen worden sind[47]); und von diesen fallen über-

---

[46]) Elvers in der Themis N. F. Göttingen 1838, I S. 79; vgl. auch Wolff, Arch. f. prakt. Rechtsw. N. F. VI, 1869 S. 134; Cohn in Endemann's Handbuch des Handelsrechts III S. 50, 51.

[46a]) Dieser Ansicht sind, wie ich mittheilen darf, auch meine Herren Collegen Meili und Schneider.

[47]) Es ist ein offenbarer Additionsfehler, wenn Schneider N. 1 zu § 553 am Schluss seiner Tabelle die Summe auf 90 angiebt; auch Max Huber S. 23 spricht irrig von 90, statt 100.

raschender Weise mehr auf die Stadt, als auf die ländlichen Bezirke[48]).

Als ein sehr gutes Zeichen für das Zürcher Rechtsinstitut rühmen Schneider und beide Huber, dass in den ganzen 40 Jahren der Geltung des Pr. G.B. kein einziger Process aus einer Gemeinderschaft entstanden ist[49]).

Das ist nun aber freilich ein kleiner Irrthum; so gut ist es doch auch der Gemeinderschaft nicht geworden. Wenn auch Gemeinderschaftsprocesse in der That verschwindend selten begegnen, so haben doch immerhin ein Paar, und zwar ein Paar im wörtlichsten Sinne dieses Wortes, bereits die Gerichte beschäftigt. Der eine Process entsprang aus einer zwischen vier Schwestern abgeschlossenen Gemeinderschaft, deren Aufhebung nach kaum vierjährigem Bestehen zwei der Gemeinderinnen wegen Streit und Haders beantragten; die erste Instanz wies ab, die zweite durch Beschluss vom 27. Juni 1874 wies zur Beweiserhebung in die erste Instanz zurück[50]). Der zweite und zugleich juristisch interessantere Process (Greuter contra Foppert'sche Erben) ist am 10. April d. J. zwar nicht in Zürich, aber im Thurgau obergerichtlich entschieden worden. Er betraf eine Gemeinderschaft, die im Jahre 1858 in Zürich unter drei Geschwistern, die später ihren Wohnsitz in den Thurgau verlegten, rite abgeschlossen war; die letztlebende der drei Gemeinder hatte testamentarisch eine treue Magd zur Erbin eingesetzt; die Intestaterben wollten das Testament aber nur so weit anerkennen, als es das eigene Vermögen, nicht aber auch das von den vorverstorbenen Gemeindern zugefallene Vermögen der Testatrix betraf. Die erste Instanz, das Bezirksgericht Kreuzlingen, hat angenommen, dass, „da der Kanton

---

48) Wuhrmann S. 73 u. 74; vgl. auch Schneider und Huber a. a. O.

49) Schneider a. a. O.; Eug. Huber, Betrachtungen über die Vereinheitlichung des schweiz. Erbrechts, 1895, S. 57; Max Huber S. 24.

50) Rechenschaftsbericht des Obergerichts Zürich 1874, Nr. 11. Vgl. oben N. 39.

Thurgau das Rechtsinstitut der Gemeinderschaft nicht kenne," die Testatrix auch nicht kraft dieses Instituts die alleinige Nachfolgerin der anderen Gemeinder habe werden können. Die zweite Instanz, das Obergericht in Frauenfeld, hat abgeändert, indem sie mit Bluntschli und Schneider[51]) annahm, dass der Gemeinderschaftsvertrag nach § 564 ein vertragsmässiges Erbrecht gewähre, mithin einen auch im Thurgau gültigen Erbvertrag in sich schliesse, während allerdings materiell, namentlich bezüglich der Frage der Pflichttheilsberechtigten das thurgauische Erbgesetz massgebend sei. Auf den Unterschied von vertragsmässigem Erbrecht und jus non decrescendi wurde in diesem Urtheil nicht eingegangen[52]).

§ 2.

Schaffhausen.

Von den sechs Kantonen, die dem Zürcher Pr. G.B. sich mehr oder weniger anschliessen, hat einzig und allein Schaffhausen die Bestimmungen über die Gemeinderschaft recipirt, und zwar wörtlich, nur dass an Stelle der notariellen Fertigung, die das Schaffhausener Recht überhaupt nicht kennt[53]), die Deposition des Gemeinderschaftsvertrages bei Gericht tritt. In Schaffhausen sind, wie mir Herr Rechtsanwalt E. Ziegler daselbst auf Anfrage freundlichst mittheilt, seit den 32 Jahren, die das Pr. G.B. in Kraft ist, im Ganzen nur zwei Gemeinderschaften eingegangen worden, und auch diese

[51]) Vgl. oben N. 43. Gegen die Ueberschätzung des Wortes „vertragsmässig" in § 564, vgl. oben N. 41.

[52]) Ich verdanke die Kenntniss der Acten Herrn Advocaten Eug. Curti in Winterthur. Das Urtheil ist nunmehr auch abgedruckt in Z. f. Schweiz. Recht Bd. 39 S. 115 u. 116. Vgl. unten N. 100. — Ueber den steuerrechtlichen Prozess v. J. 1873, vgl. oben N. 44.

[53]) Wuhrmann S. 55; Schlatter S. 295. Vgl. jetzt auch L. Peyer, die Gesch. der Fertigung nach den R.Qu. von Schaffhausen, 1897 (Berner Diss.) S. 43 u. 47. Vgl. übrigens auch unten N. 143.

erst in unserem Jahrzehnt. Zu Processen haben diese zwei Gemeinderschaften bisher keine Veranlassung gegeben. Der Grund, so schreibt mein Gewährsmann, wesshalb bei uns nicht noch mehr Gemeinderschaften vorgekommen sind, ist nur einfach der, dass die Leute gar nicht wissen, dass ein solches Rechtsgebilde bei uns existirt!

§ 3.

Freiburg.

Von den dem französischen Recht folgenden Gesetzbüchern haben nur drei — Freiburg, Waadt und Neuenburg — in den Code civil Bestimmungen über unser Institut eingeschoben. Von jenen drei ist Freiburg am ausführlichsten und alterthümlichsten, aber auch hier, wie überhaupt, etwas breit und casuistisch; Waadt und Neuenburg sind kürzer und dürftiger und zeigen uns das Institut nur noch als Ruine. Freiburg behandelt es im Erbrecht, Waadt und Neuenburg, wie Zürich, im Obligationenrecht [54]).

In dem französischen Originaltext des Freiburger Code

[54]) Huber irrt, wenn er Bd. III S. 759 auch Waadt und Neuenburg unter den Kantonen aufzählt, die unser Institut in einem besonderen Titel des Erbrechts behandeln. Dieser Irrthum ist dann von Max Huber S. 18 N. 4 übernommen worden. Ueber die syst. Stellung herrscht auch in der Theorie Streit; die Einen stellen die Gemeinderschaft ins Personenrecht (Gierke, Heusler, Max Huber), die Anderen ins Obligationenrecht (Schneider N. 2 zu § 553). Ueber die lebhafte Discussion in der Zürcher Redactionscommission (Sitzung vom 16. Juni 1886) vgl. Schneider a. a. O.; für die Stellung ins Erbrecht erklärten sich Gerichtspräsident Frei, für die Stellung ins Familienrecht Prof. Treichler. (Nach einer freundlichen Mittheilung meines Herrn Collegen Schneider, auf dessen Antrag die Gemeinderschaft ins Obligationenrecht verwiesen wurde). — Eine Discussion fand darüber auch im Staatsrath von Neuchâtel statt (S. 546). Jacottet, Le droit civil Neuchâtelois, droit des obligations (1877) S. 760. — Dass der Freiburger C. c. auch im System germanistischer als die anderen wälschen Gesetzbücher der Schweiz ist, hebt mit Recht Huber IV S. 189 hervor.

civil führt die Gemeinderschaft den Namen indivision; für einen Specialfall wird hinzugefügt: vulgairement appelée rafrachement. Art. 1089 al. 3. Die Gemeinder heissen „indivis“.

Die officielle deutsche Uebersetzung[55]) giebt dem betreffenden Titel die Ueberschrift: „Von der Gütergemeinschaft unvertheilter Geschwister und ihrer Descendenten“; für jenen Specialfall aber lautet die Uebersetzung: Erbvereinigung, auch Zusammentheilung (rafrarachement) genannt.

Das Freiburger Institut unterscheidet sich vom Zürcher hauptsächlich in folgenden Beziehungen:

1. Einerseits können auch entfernte Geschwisternachkommen in der Gemeinderschaft stehen (Art. 1088). Vater oder Mutter können, — wenigstens solange sie den Niessbrauch am Kindesvermögen haben, und die Kinder nicht selbst zu gemeinschaftlichem Besitz und Genuss ihres ganzen Vermögens oder eines Theils desselben gelangt sind, — mit den Kindern keine Gemeinderschaft im rechten Sinne[56]) bilden (l'indivision dont il s'agit ici, n'est pas encore établie entre eux. Art. 1089).

2. Andererseits müssen die Gemeinder von den Vorfahren

---

[55]) Civilgesetzbuch des Kantons Freiburg. 3. Theil. Freiburg 1840. 3. Titel 1088—1107. Vgl. auch Art. 323—326 (über Vormundschaft). Huber I S. 605 u. 711.

[56]) In dem ungedruckten Protocoll der Petite Commission de législation civile, Sitzung vom 19. April 1838, S. 1516 ff., findet sich für eine Art unechter Gemeinderschaft der Ausdruck „indivision forcée“. „Pour faire d'autant mieux ressortir la force et le sens du 1er alinéa de l'art. 2 (jetzt 1089), où il est dit comment l'indivision s'établit par le fait, Mr le Rédacteur (also Chaillet) pense qu'il est nécessaire d'intercaler un second alinéa exprimant l'état de ce qu'on appelle vulgairement indivision forcée = état qui n'est pas celui de l'indivision et communauté dont il s'agit ici, mais qui le précède souvent. Il propose dont de dire: (es folgt dann 2 u. 3 des Art. 1089 wörtlich). La commission approuva pareillement cette adjonction.“ — Ich entnehme diese Stelle einem beglaubigten Extract des auf die Gemeinderschaft bezüglichen Berathungsprotocolls, der sich in den durch die Güte des Herrn Advocaten E. Girod in Freiburg mir mitgetheilten Processacten Buchs contra Buchs-Logger (pièces annexes Nr. 11) befindet.

ererbtes oder sonst à titre universel von diesen herrührendes Vermögen besitzen und geniessen (Art. 1088); eine Gemeinderschaft des wohlgewonnenen Guts, wie sie in Zürich immerhin möglich ist, ist demnach ganz ausgeschlossen. Dabei wird freilich präsumirt, dass alles von einem Gemeinder besessene Vermögen zur indivision gehöre (Art. 1093).

Von dieser Präsumtion bestehen allerdings ein paar wichtige Ausnahmen bezüglich des peculium castrense und quasi castrense, der dos, der lucrativen Erwerbungen (Erbschaft, Schenkung, Legat), der persönlichen Gebrauchsgegenstände und der ausserhalb des gemeinsamen Haushalts gemachten Gewinne (Art. 1093); doch fällt, mit der einzigen Ausnahme der persönlichen Gebrauchsgegenstände, die Nutzung dieser Sondergüter, sowie auch des Frauen- und Kindervermögens in die Gemeinderschaft (Art. 1094 und 1095[57]).

3. Der wichtigste Unterschied besteht aber darin, dass es in Freiburg keines ausdrücklichen Vertrages bedarf, dass die Gemeinderschaft vielmehr ipso facto entsteht, „par le fait même de la possession et jouissance en communauté, avant tout partage des biens provenant des pères, mères ou autres ascendants“ (Art. 1089).

Die Freiburger Gemeinderschaft ist eben nicht vertragsmässige Gütergemeinschaft unter Geschwistern, sondern ein „état de communauté“, eine fortgesetzte Erbgemeinschaft unter Abkömmlingen desselben Stammvaters.

Nur in einem Fall bedarf es auch in Freiburg eines Errichtungsactes, und zwar eines notariellen Vertrages; dann nämlich, wenn nach gemachter (totaler) Theilung mehrere Theile wieder zu einer Gemeinschaft zusammengelegt werden; es ist dies eben jener Specialfall, für den der französische Text den auf die Verbrüderung hindeutenden alterthümlichen Namen

---

[57]) Vgl. über die complicirte Sondergutslehre Max Huber S. 36, 64 und 67.

„rafrarachement“ [58]), der deutsche Text die beiden Ausdrücke „Erbvereinigung“ und „Zusammentheilung“ aufgenommen hat.

Ein solcher Rafrarachementvertrag ist aber nur ein Jahr nach dem Abschluss der ersten Theilung zulässig (Art. 1089).

Der Freiburger Appellhof erachtet in seiner Entscheidung vom 15. Juli 1896 (in Sachen Buchs contra Buchs und Logger) den notariellen Vertrag selbst dann für nothwendig, wenn nur eine Theilung unter einzelnen Gemeindern stattgefunden hat [59]); Art. 1089 entscheidet die Frage nicht ausdrücklich; doch dürfte die alte Gemeinderschaft in diesem Falle eben nicht total aufgehoben sein, es somit auch keiner neuen formellen Errichtung für die im gemeinsamen Besitz und Genuss Verbleibenden bedürfen. In diesem Sinne haben sich auch die Professoren Heusler und Huber, sowie J. Broye in ihren für jenen Process im Jahre 1895 abgegebenen Gutachten erklärt; für

[58]) Art. 1089: „L'indivision s'établit aussi après le partage, par la nouvelle réunion en communauté de plusieurs parts de l'indivision, vulgairement appelée rafrarachement.“

[59]) „L'indivision produit des effets juridiques se répercutant jusques dans l'ordre successoral; c'est pourquoi les rédacteurs du Code ont exigé, pour quelle puisse subsister après le partage même partiel, non seulement un simple fait, comme en droit vaudois, mais une déclaration expresse de volonté intervenant dans certaines formes et certains délais déterminés.“ Das Schweiz. Bundesgericht hat den Recurs durch Arrêt vom 17. Decbr. 1896 zurückgewiesen, da das angefochtene Urtheil nicht „manifestement contraire au sens de la loi“ sei; das Gesetz habe die Frage eben nicht klar und ausdrücklich entschieden. Ich verdanke die Kenntniss dieses Falls der freundlichen Auskunft des Herrn Appel.-Ger.-Präsidenten Professor V. Gottofrey und des Herrn Advocaten E. Girod in Freiburg. Ersterer bemerkt in seiner brieflichen eingehenden Auskunft: „Le rafrarachement était nécessaire dans l'espèce, si non pour réunir des parts qui n'avaient jamais été séparées, au moins pour manifester l'intention des partageans de demeurer des indivis après le partage.“ Aber warum soll die Manifestation der Absicht, etwas zu verbleiben, was man bereits ist, nicht auch durch concludente Thatsachen erfolgen können? Wollte der Gesetzgeber eine besondere Form für diese Manifestation, so hätte er sie doch auch für den Fall der partiellen Theilung erfordern sollen.

diese Auslegung spricht insbesondere auch das ältere Freiburger Recht, dessen Abänderung in dieser Hinsicht als vom Gesetzgeber nicht gewollt erscheint[60]). In entgegengesetztem Sinne haben sich die Professoren Zeerleder in Bern und Fietta in Freiburg i. Ue. gutachtlich geäussert.

4. Wie in Zürich, so ist auch in Freiburg der gemeinsame Haushalt nicht essentiell; das Freiburger Gesetzbuch sagt es in Art. 1088 sogar ausdrücklich: „soit qu'ils vivent dans un même ménage commun, soit qu'il vivent séparément." Zu dem etwas abgeblassten vivre dans le même ménage hat der deutsche Text von Art. 1090 die ältere, kernigere, vollere und anmutendere Wendung beigefügt: an einem Muss und Brot mit Feuer und Licht beisammenleben.

Wer aber in demselben Haushalt lebt, — und auch bei mehreren verschiedenen Wohnungen (plusieurs établissements d'habitation) gilt der auf gemeinsame Kosten bestrittene Haushalt nach Art. 1091 als ein einziger — soll nach seinen Mitteln zum Gedeihen der Gemeinderschaft beitragen, wogegen diese für all seine Bedürfnisse sorgt (Art. 1090). Gewinn und Verlust wird von allen an- und abwesenden Mitgliedern desselben Haushalts gemeinsam getragen (Art. 1092). Onerosen Erwerb muss der Gemeinder der Gemeinderschaft unentgeltlich überlassen, soweit es sich nicht um Surrogate von Sondergut oder von Frauen- und Kindervermögen handelt (Art. 1098).

5. Vertretung und Verwaltung steht für die minder wichtigen Fälle jedem volljährigen Unvertheilten zu (Art. 1096), verheiratheten Gemeinderinnen mit eheherrlicher Genehmigung (Art. 1097); für die wichtigeren Acte, wie Processführung, Im-

---

[60]) Auch das alte Neuenburger Recht liess bei der partiellen Theilung die Indivision unter den nichttheilenden Geschwistern tacitement et sans acte entstehen. Points de cout. v. 1628, 1656, 1670, 1679 u. 1692. Osterwald, Les Loix, Us et Coutumes de la Souveraineté de Neuchâtel et Valengin, 1785, S. 141.

mobiliargeschäfte und Contrahirung von Schulden über 100 frcs. ist dagegen die Einwilligung Aller erfordert [61]). Für grobes Versehen haftet der Einzelne der Gesammtheit (Art. 1096); Vorschüsse, welche er von ihr, namentlich zur Ausstattung und Abfindung der Kinder, erhalten, werden bei der Auflösung der Gemeinderschaft verrechnet.

6. Was die Auflösung anbetrifft, so endet die Gemeinderschaft für Alle nach Art. 1105 durch verabredete oder thatsächlich begonnene Theilung. Neben dieser totalen Auflösung kennt das Freiburger Gesetz noch die partielle, in Ansehung eines einzelnen Gemeinders, in Folge Erbauskaufs [62]), des Theilungsconsenses der Uebrigen, der Theilungsklage und der 30jährigen Nichttheilnahme an der Gemeinderschaft (Art. 1104). Die Theilung erfolgt nach Ausscheidung der Vorrechte der einzelnen Erben nach Köpfen [63]).

7. Das Accrescenzrecht im Fall des kinderlosen Absterbens ist anerkannt, freilich in der erbrechtlichen [64]) Wendung: „so erben ihn seine unvertheilten Mitgenossen, sowohl in Ansehung seines Antheils an der Gütergemeinschaft, als in Ansehung seines besonderen Vermögens“ (Art. 1103 u. 737); doch kann der Kinderlose immerhin „über den vierten Theil seines Antheils an dem unvertheilten Gute“ frei verfügen (du quart de sa part aux biens de l'indivision) Art. 1100 [64a]).

8. Was das Vorkommen des Instituts im Kanton Freiburg

---

[61]) Art. 1096. Vgl. die Details bei Max Huber S. 46, 55 u. 61.

[62]) Vgl. über denselben (contrat de dotation) Huber II S. 327 ff., auch Max Huber S. 90 N. 1.

[63]) Vgl. zur Interpretation dieses Art. 1106 Max Huber S. 95.

[64]) Duncker S. 38 spricht von einer unbegreiflichen Armuth der Sprache, dass derselbe Ausdruck erben für Erwerbung der Verlassenschaft aus durchaus verschiedenen Gründen in der Kyburger Oeffnung gebraucht wird. Vgl. oben S. 12 u. 13.

[64a]) Max Huber nimmt S. 84 allgemeines Testirrecht des Gemeinders an; vgl. dagegen Huber II S. 271 N. 2; vgl. auch oben S. 14.

betrifft, so ist die Erwartung der Gesetzgebungscommission [65]) des Jahres 1834, dass das Institut bald verschwinden werde, dass es sich gewissermassen um ein nur transitorisches Gesetz handle, nicht ganz eingetroffen. Noch heute ist nach der Auskunft des Herrn Obergerichtspräsidenten Prof. Gottofrey die Institution ziemlich verbreitet, obschon sie viele Gegner besitze; sie bestehe hauptsächlich unter Geschwistern, die nicht getheilt haben; der Fall des Rafrarachement sei viel seltener. Dass das Rafrarachement „heute nur noch selten und je länger je weniger" vorkomme, ist auch die Ansicht des Herrn Bundesrichters Dr. H. Weber.

Die Zahl der Indivisionsprocesse ist sehr gering; sie beläuft sich nach der approximativen Schätzung des Herrn Präsidenten Gottofrey auf noch nicht ganz einen Fall für einen 2—3 jährigen Zeitraum. Hauptsächlich handelt es sich um die drei Fragen, ob wirklich Indivision vorliege, ob der Gemeinder wie ein Miteigenthümer seinen Antheil verpfänden, und ob er bezüglich seiner disponiblen Quote [66]) einen Nichtgemeinder als Erben einsetzen dürfe [67]).

§ 4.

Waadt und Neuenburg.

Ein ganz anderes Bild, als die bisher berührten drei Kantone, bieten Waadt und Neuenburg.

---

[65]) Protocole de la petite commission législative. (Sitzung vom 25. Février 1834, Bd. II, p. 972.) „Il (le redacteur M. Chaillot) est bien persuadé que chez nous aussi l'on peut prévoir quelle tombera bientôt en desuétude.... On peut au moins prévoir qu'il subsistera encore quelque temps..." Vgl. auch Prot. de la grande commission législ. v. 3. Octbr. 1837, p. 380. Ich verdanke die Abschrift dieser beiden Protocolle Herrn Präsident Gottofrey.

[66]) Sie beträgt $^1/_4$; vgl. oben bei N. 64[a].

[67]) Auch hier folge ich der Auskunft des Herrn Gottofrey. Ich benütze diese Gelegenheit, dem genannten Herrn, wie Herrn Bundesrichter Dr. Hans Weber und Herrn Advocat Girod auch öffentlich meinen Dank für ihre freundlichen Mittheilungen auszusprechen.

Die Civilgesetzbücher beider Kantone[68]) sprechen von der Gemeinderschaft nur unter dem Namen der indivision; Neuenburg nennt die „indivis“ in Art. 1488 auch „copropriétaires“ und in 1489 „coïntéressés“; beide behandeln das Institut ziemlich gleichlautend und sehr kurz in 10 resp. 7 Artikeln (Waadt 1347—1356, Neuenburg 1488—1494).

Beide Gesetzbücher sehen von der geschwisterlichen Verwandtschaft, ja von der Verwandtschaft überhaupt ab[69]) und definiren das Institut als fortgesetzte Erbengemeinschaft: „L'indivision est l'état où demeurent des héritiers relativement aux biens dont ils ont hérité conjointement, et dont ils n'ont pas encore fait le partage.“ Unter blossen Collegataren besteht dagegen die indivision nicht.

Für die Entstehung fehlt es in beiden Kantonen an besonderen Vorschriften. Dennoch verlangen seltsamer Weise sowohl Wuhrmann S. 56, als auch Max Huber S. 41 mindestens[70]) schriftliche Form, da Waadt und Neuenburg die indivision als eine société construire. Gegen diese Annahme spricht aber entschieden, dass es sich in beiden Kantonen eben nur um einen thatsächlichen Zustand handelt. Für das Waadtländische Recht definirt Secretan S. 471 geradezu: „L'indivision est une communauté de biens sans contrat“, und

---

[68]) Vgl. über die Entstehung und den Charakter dieser beiden Gesetzbücher, Huber I S. 53 u. 54, IV S. 188 u. 189 ff.

[69]) Charles Secretan, Remarques sur le Code civil du canton de Vaud, Lausanne 1840, S. 471: „elle peut s'appliquer à des héritiers parents éloignés les uns des autres, ou même non parents.“

[70]) Max Huber meint a. a. O., dass es zweifelhaft bleibe, ob „beim Hinausgehen über die Erbengemeinschaft“ notarielle Fertigung, wie in Freiburg und im älteren Waadtländischen Recht nöthig sei; auch schon Wuhrmann S. 56 möchte dieser Vermuthung Raum geben; aber eine Gemeinschaft, die nicht unter Erben besteht, ist nach Art. 1356 resp. 1494 in beiden Kantonen keine wahre Gemeinderschaft mehr; andererseits folgt sie lediglich dem Gesellschaftsrecht, das eben nur einfache schriftliche Form für die Eingehung verlangt. (C. c. Vaud. 1318. C. c. Neuch. 1440.)

bezüglich Neuenburgs hebt Jacottet S. 748 als erstes Hauptunterscheidungsmerkmal zwischen Gesellschaft und indivision hervor: „L'indivision ne résulte pas d'un contrat comme la société, mais d'un état de fait“: „En un mot, l'indivision est un simple état de fait, ne supposant nullement le concours de la volonté des indivis, qui ne sont unis entre eux par aucun lien personnel.“ Dass das Waadtländische Recht im Gegensatz zum Freiburger Recht selbst für den Fall des Rafrarachements keine ausdrückliche Willenserklärung verlangt, sondern sich mit dem blossen Factum begnügt, hat auch die cour d'appel de Fribourg in dem oben citirten Erkenntniss am 15. Juli 1896 ausgesprochen [71]).

Ein Stellvertretungsrecht des einzelnen Gemeinders ohne Zustimmung der Uebrigen besteht in Neuenburg überhaupt nicht (Art. 1489). In der Waadt besteht es nur bezüglich der objets relatifs à l'indivision bis zur Höhe von 100 francs [72]), oder soweit der geschlossene Vertrag zum Vortheil der Gemeinderschaft ausgeschlagen (Art. 1348); jeder Gemeinder hat ein Veto, die Mehrheit bindet die Minderheit nicht; wer Einsprache erhebt, wird aus dem der Indivision nachtheiligen Vertrage nicht verpflichtet (Art. 1349) [73]).

Ungenehmigte Verwendung von Gemeinderschaftsgut zu eigenem Vortheil verpflichtet zu Verzinsung vom Tag der Verwendung an (Art. 1350 resp. 1490).

Die Gemeinderschaft endet durch Theilung, die, soweit sie nicht durch eine Abrede bis zur Maximaldauer von 5 resp. 2 Jahren ausgeschlossen ist, jederzeit gefordert werden kann [74]),

---

[71]) Vgl. oben S. 20, N. 59, übrigens auch N. 60.

[72]) Gegen diese feste Zahlengrenze Secretan S. 472. Vgl. auch unten bei N. 79 u. 81.

[73]) Nach Secretan a. a. O. bezieht sich auch Art. 1349 nur auf Objecte unter 100 Fr.

[74]) Art. 1352 u. 752 (Waadt) Wuhrmann S. 59, Huber II S. 442. Nicht ganz correct scheint es, wenn Huber III S. 762 lehrt, dass Art. 1352

sich aber auch auf die gesammte indivision und nicht nur auf eine Quote derselben beziehen muss [75]. Die Theilung folgt den allgemeinen Regeln über Nachlasstheilung ohne jede Ausnahme. Eine partielle Fortsetzung der indivision findet nach dem Waadtländischen Code Art. 1352 statt, wenn nach der ersten Theilung zwei oder mehrere der alten Gemeinder ihre Güter zusammenlassen (laissent leurs biens en commun); auch im letzten Falle bedarf es keines schriftlichen Vertrages [76]. Wird nicht getheilt, so treten die Erben der Gemeinder in die Gemeinderschaft ein [77].

Bei der Theilung wird der während der Gemeinderschaft gemachte Gewinn und, wie Neuenburg noch hinzufügt, auch der Verlust nach Verhältniss der Antheile der einzelnen Gemeinder am Gemeingut vertheilt (Art. 1353 resp. 1491); ein Ersatz für die Früchte der zur gemeinschaftlichen Nutzniessung eingebrachten Sondergüter findet nicht statt (Art. 1354).

Gemeinsamer Haushalt ist auch in diesen beiden Kantonen nicht essentiell. Die Waadtländische Jurisprudenz trennt gerade nach diesem Criterium die beiden Arten der indivision générale und particulière; erstere liege vor, wenn Gemeinder — besonders unabgeschichtete Kinder nach dem Tode der Eltern — „vivent en commun sous le même toit“ [78]; eine besondere Rechtsnorm gilt für sie nicht; dass die gesetzliche Vertretungsmacht des Art. 1348 für Rechtsgeschäfte unter 100 francs sich nur auf die erstere Kategorie bezöge, wäre

---

des Waadtländischen von dem Neuenburger Gesetz nicht aufgenommen sei; der erste Satz (l'indivision finit par le partage) ist aufgenommen, Jacottet S. 761, Art. 1493 u. 829.

[75]) Vgl. die Entsch. des Cass. Ger. von Waadt v. 3. Mai 1855 in Z. f. S. R. IX. 3. S. 8 ff.

[76]) Vgl. oben S. 20, N. 59.

[77]) Jacottet S. 748.

[78]) Secretan S. 471.

wünschenswerth gewesen [79]), ist aber nicht vom Gesetzgeber bestimmt.

Der Hauptunterschied zwischen dem Rechte Zürichs, Schaffhausens und Freiburgs einerseits und den Rechten Waadts und Neuenburgs andererseits besteht darin, dass von einem Erb- oder Accrescenzrecht der indivis in den beiden letztgenannten Kantonen keine Rede ist; Waadt hat es stillschweigend aufgehoben, Neuenburg ausdrücklich (durch Art. 1462): „que l'ordre des successions ne peut-être changé ou modifié, ni par les contrats de société, ni par l'indivision", und der Commentar von Jacottet fügt hinzu: „ce qui était superflu, mais ce qui s'explique par la crainte de voir renaître les indivisions coutumières" [80]).

Was die praktische Anwendung der indivision anbelangt, so hat, nach der mir gewordenen Auskunft, das Institut in beiden Kantonen anscheinend seine Bedeutung verloren.

„Seitdem die coutumes durch den jetzigen Code (Vaudois) ersetzt worden sind", schreibt mir Herr Bundesrichter Dr. Hans Weber, „enthält die indivision nichts Charakteristisches mehr. Es ist einfach das de lege unter Miterben eintretende Verhältniss, solange nicht getheilt wird; nur Art. 1348 enthält in der dort angegebenen Summe noch einen Anklang an die coutumes [81]). Der neue Code (von Neuenburg) kennt es nicht mehr und behandelt das Miteigenthum unter Erben expressis verbis ganz wie gewöhnliches Miteigenthum." Herr Dr. Weber schliesst seine Auskunft mit dem Satze: „Wie mir mein College Monnier (aus Neuenburg) sagt, kennt man das Institut nicht mehr."

---

[79]) Secretan S. 472: „Cette règle ne devrait s'appliquer qu'aux indivisions générales."

[80]) Jacottet S. 748; er nimmt noch Bezug auf die Discussion und den Rapport du Conseil d'Etat p. 545.

[81]) So auch Secretan zu Art. 1348: „Cette disposition a été introduite à l'imitation de la loi II fol. 59 du Coutumier, en changeant la somme de cent florins en celle de cent francs."

§ 5.

Schwyz.

Ausser in jenen fünf modernen Codificationen begegnet die Gemeinderschaft noch in den geschriebenen Rechten eines sechsten Kantons, des Kanton Schwyz.

In diesem kleinen Urkanton gelten noch heute nicht weniger als acht verschiedene Statutarrechte, zum Theil alten Datums[82]); von diesen acht berühren fünf unser Institut; ich übergehe aber an dieser Stelle drei derselben, nämlich die Rechtsquellen der Waldstatt Einsiedeln[83]), des Hofes Pfäffikon[84]) und der Gemeinde Reichenburg[85]), da in jenen drei Gebieten die Sache gar nicht mehr praktisch ist[86]), und hebe nur das Landbuch des Bezirks March[87]) vom 26. April 1756 und das noch ältere Hofartikelbuch von Wollerau[88]) vom 23. April 1622 hervor.

---

[82]) Vgl. Huber I S. 50 u. 60, IV S. 159.

[83]) Kothing, Die Rechtsquellen des Kantons Schwyz, 1853, S. 189; Waldstattbuch v. 1572 Art. 111, S. 202 N. 45; Hofrodel und Waldstattordnung von 1702; S. 205 N. 61: Herbstgericht v. 20. Octbr. 1738, N. 62 27. Nov. 1738 und Mayengericht v. 25. Mai 1739 (S. 206). Vgl. auch S. 11—13 u. Huber IV S. 169 u. 253, sowie unten N. 174.

[84]) Kothing S. 327 Z. 23 (Hofbüchlein v. 5. Juni 1631). Vgl. auch S. 16 u. Huber IV S. 159 u. S. 254 N. 38.

[85]) Kothing S. 345: Hofrodel v. 8. April 1536 Z. 24, vgl. auch S. 17 u. 18.

[86]) Kothing, Die Erbrechte des Kantons Schwyz in Z. f. Schwz. R .V, 1856, 2, S. 129; er nennt nur 2 Bezirke (March, Wollerau), denen das Institut eigen ist, und nur 2 (Einsiedeln und Pfäffikon), in denen es auch ehemals galt; Reichenburg bleibt an jener Stelle unerwähnt, vgl. jedoch S. 130. Vgl. auch Huber II S. 79, und Lardy, les législ. civiles des cantons suisses en matière de tutelle etc. 1877 (2. Ed. 1878) S. 196 u. 209, Max Huber S. 23, Wuhrmann S. 55.

[87]) Vgl. Kothing, R.Qu. S. 8—11, S. 114 Z. 10 auch S. 25 Z. 5, Z. f. S. R. V 2, S. 130, Huber IV S. 101 N. 6, S. 159, 253 N. 36, S. 254 N. 38.

[88]) Ebend. S. 16 u. S. 303 Z. 20 Z. f. S. R. V S. 131, Huber IV S. 159.

Diese alten Schwyzer Bücher haben für die Gemeinderschaft nur Umschreibungen, wie: theil und gemein hausen[89]), theil und gemein mit einander haben[90]), zusammen theilen[91]), auch zusammen stossen[92]). Sie kennen dies Institut nur unter Geschwistern[93]) und proklamiren im Grunde nur eine einzige Norm, nämlich das Accrescenzprincip bei kinderlosem Absterben eines Gemeinders. Dies Princip ist im alten Landbuch der March und im Hofrecht von Reichenburg in den parömieartigen Satz gefasst: „Welche geschwisterig (resp. wely kind) theill und gemein mit einander hand, die söllen ouch ein anderen erben“[94]).

Aber das Anwachsungsrecht hat doch in der March eine bedeutsame Beschränkung erlitten; es gilt nämlich nach dem neuen Landbuch von 1756 Z. 10 nur für das „vorgeschlagne und erhausete“, also für das in der Gemeinderschaft erworbene Vermögen, die Errungenschaft[95]). Das Zugebrachte, besonders das ererbte Gut soll dagegen ohne Vorzug der gemeinsam Hausenden den nächsten Erben zu gleichen Theilen zufallen, und das findet, wie Kothing versichert[96]), nicht selten praktische Anwendung.

Eine Form ist in Schwyz nicht erfordert, nur in Ein-

---

[89]) Wollerau Z. 20 (a. a. O. S. 303) Marcher Ldbch. (Kothing S. 114 Z. 10). Vgl. ebend. auch Z. 9 (weder umb theil, noch umb gemein).

[90]) Altes Landbuch der March a. a. O. S. 25 Z. 5. Hofrodel von Reichenburg a. a. O. S. 345 Z. f. S. R. S. 130.

[91]) Pfäffikon Z. 23 (a. a. O. S. 327), Einsiedeln (a. a. O. S. 205).

[92]) Einsiedeln, Waldstattbuch v. 1572 Z. 45 a. a. O. S. 173.

[93]) Ueber den Ausdruck Geschwistergit (Einsiedeln S. 189 Art. 111) und Geschwisterget (Pfäffikon Art. 23), ältere Bildung für Geschwister, vgl. Grimm D. W.B. IV Sp. 4005/4006, auch Schmeller Bayr. W.B. 651.

[94]) Kothing, R.Qu. S. 25 u. 345, Z. f. S. R. V S. 130. Reichenburg fährt fort: „und die ussgerichten die solend nüd erbenn.“ Wollerau: „so sollend die Ein Anderen Erben, die mit Ein Anderen gehusendt handt und nit die von Inen getheilt handt“ (R.Qu. S. 303.)

[95]) Huber IV S. 254 N. 38.

[96]) Z. f. S. R. V S. 130.

siedeln, wo die Gemeinschaft aber wieder ganz ausser Gebrauch gekommen, forderte man seit 1738 resp. seit dem Maiengericht von 1739 wegen der „Verwirrung", welche Zusammentheilungen „ohne ordentliche Form" öfters nach sich gezogen, dass „zu mehrer steiffhaltung" Personen, welche wirklich in der Still zusammen getheilt hätten, ihre Zusammentheilungen von dato an in der Fürstl. Kanzlei verschreiben und von einem ehrsamen Gericht ratificiren lassen. Der Ratification eines ehrsamen Gerichts „oder in erforderlichem fahl einer hochweyssen Appellation" habe Citation und Gehör der übrigen Geschwister voranzugehen, und es sei darüber zu erkennen, ob bei ledigem Absterben eines Gemeinders die übrigen Zusammentheilenden nur das in der Gemeinschaft Erhauste oder auch das vorher Erhauste und in die Gemeinschaft Zugebrachte oder endlich sogar das Ererbte unter sich theilen können[97].

§ 6.

Andere Kantone, besonders Wallis, Baselland, Luzern, Tessin.

Ob ausserhalb jener 6 Kantone Gemeinderschaften in der Schweiz noch heute abgeschlossen werden? Max Huber behauptet es für 11 weitere Kantone[98]; Prof. Huber meint sogar, dass sie in bäuerlichen Gegenden nirgends untergegangen zu sein scheinen[99]. Das ist allerdings im All-

---

[97]) Kothing in Z. f. S. R. S. 130 u. 131, R.Qu. S. 205 u. 206. Max Huber S. 36.

[98]) Max Huber S. 23 N. 1 zu C. 33 (nach der Inhaltsübersicht p. IX enthält C. 33 „Heutiges Recht"). Wuhrmann, auf den er sich beruft, sagt S. 7 aber nur, dass in diesen Kantonen die frühere Existenz des Instituts nachweisbar sei. Jene 11 anderen Kantone sind nach Max Huber: St. Gallen, Appenzell, Uri, Schwyz, Unterwalden, Zug, Luzern, Aargau, Wallis, Tessin und Genf; Genf wird von Wuhrmann S. 7 nicht mit genannt, ja S. 10 wird geradezu verneint, dass das Institut in Genf Boden gewonnen hat. Vgl. jedoch Max Huber S. 21 N. 7 und Huber IV S. 251 N. 28.

[99]) Eug. Huber, Betrachtungen über die Vereinheitlichung des

gemeinen, wenn wir vom Thurgau absehen[100]), sehr wahrscheinlich; vollständig erwiesen scheint es jedoch vorläufig nur für die Kantone Wallis, Baselland und Luzern.

Für das Wallis hat bereits Max Huber S. 24 auf die interessanten Mittheilungen Karl Meyer's über das Eifischthal (in der Neuen Zürch. Zeit. 1896, No. 322 und 324) hingewiesen[101]). Für Baselland bestimmt das Gesetz über Vormundschaftswesen v. 28. Februar 1853 § 23: „Ausnahmsweise kann mehreren Geschwistern, wenn sie in ungetheilter Vermögensgemeinschaft leben, nur ein Vogt gegeben werden[101a])." Diese Bestimmung, die materiell dem § 323 des Freiburger Code nahe kommt, dürfte das Vorkommen der Gemeinderschaft wohl ausser Zweifel setzen.

Für den Kanton Luzern bestätigt eine ganze Reihe

---

schweiz. Erbrechts, 1895, S. 37; auf S. 57 werden neben Freiburg und Waadt die Kantone Bern und Solothurn als solche besonders genannt, in denen das Institut in entsprechendem Verhältniss, wie in Zürich, zur Existenz gekommen sein dürfte. Diese Angabe wiederholt auch Max Huber S. 23 C. 34, der gleichwohl ebendaselbst N. 1 zu C. 33 im Anschluss an Wuhrmann bemerkt: „Fraglich ist das Vorkommen in Glarus, Bern und Bündten; gar keine Spuren in den Quellen von Basel und Solothurn." Was Basel anbetrifft, so hat jedoch bereits Eug. Huber IV S. 252 N. 30 auf die Urkunde im Baseler Urkundenbuch I S. 102 hingewiesen. Vgl. auch unter N. 101a. Dass aus Glarus keine Spuren vorhanden, hält Wuhrmann anfangs für unmöglich, muss es aber doch einräumen; charakteristisch ist es übrigens, dass nach den mir zur Einsicht gewährten Zetteln des Schweiz. Idiotikons das gemeinschaftsfeindliche Sprüchwort: „Theil und gemein ist unrein," oder „tal und gma ist unra," gerade aus Glarus und Schaffhausen (vgl. auch oben S. 17) überliefert ist.

[100]) Vgl. oben S. 15 und jetzt auch Z. f. S. R. 39 S. 116 (Urteil des Ob. G. v. 10. April 1897): „und dieser Erbvertrag, nicht der Gemeinderschaftsvertrag als solcher, muss formell als gültig anerkannt werden, während allerdings materiell das thurgauische Erbgesetz massgebend ist."

[101]) Bezüglich des älteren Rechts des Wallis, vgl. § 7 N. 127.

[101a]) Gesetze, Verordnungen und Beschlüsse v. Baselland VI S. 100, Huber I S. 605, Max Huber S. 70.

von Entscheidungen des Luzerner Obergerichts[102]) das Vorkommen einer häuslichen Geschwistergemeinschaft oder ungetheilten Hausgemeinschaft mit Liegenschaftsbesitz ohne schriftlichen Vertrag. In der Entscheidung vom 14. Juni 1866 wird ein Bruder als „Haupt der Gemeinschaft" nach den allgemeinen societätsrechtlichen Bestimmungen des Luzerner B. GB.[103]) § 678 und „nach der Landesübung" für befugt erachtet, die Gemeinschaft nach aussen und selbst noch im Liquidationsstadium nach Aufhören des häuslichen Zusammenwohnens zu vertreten. — Nach der Entscheidung vom 21. September 1866 ist diese häusliche Gemeinschaft mit der gewöhnlichen Societät nicht auf gleiche Linie zu stellen; gleichwohl begründet sie nicht eine durchgreifende Gütergemeinschaft, viel mehr kommen „im Leben Sondervermögen und Sonderschulden der einzelnen Gesellschaftsglieder vor". — In der Entscheidung vom 19. Januar 1867 wird sie als „Societas mit besonders geartetem Geschäftskreis" charakterisirt; ihr Geschäftsführer sei zwar zur Vornahme der zum ordentlichen Wirthschafts- und Verwaltungsbetriebe erforderlichen, der im gewöhnlichen Laufe der Dinge vorkommenden und regelmässig wiederkehrenden Geschäfte befugt, dagegen zur Darlehensaufnahme nicht ohne Weiteres berechtigt. — In der Entscheidung vom 15. Mai 1867 wird dem als Geschäftsführer schaltenden und waltenden Gemeinder ein besonderer Lohnanspruch nicht zugestanden; meistens erscheinen alle Glieder als arbeitende und kapitalbeitragende

---

[102]) Entsch. v. 14. Juni 1866, 21. September 1866, 8., 19. u. 23. Januar 1867, 15. Mai 1867, 28. Mai 1867, 27. Februar 1869. — Auf diese Entscheidungen hat mich mein College, Herr Professor Vogt, freundlichst aufmerksam gemacht. Vgl. Zeitschr. des bernischen Juristenvereins III S. 82, 222, 362; IV S. 29, 67; VI S. 28. Die Entsch. v. 19. Jan. 1867 ist anscheinend in der qu. Zeitschr. nicht abgedruckt. Die Entsch. v. 8. u. 23. Jan. 1867 beziehen sich auf die Betreibung gegen eine häusliche Gemeinschaft. Vgl. auch unten N. 144a u. 147.

[103]) Vgl. über das an das Oest. B. G.B. sich eng anlehnende Gesetzbuch, Huber I S. 55 u. IV S. 191.

zugleich. — In der Entscheidung vom 27. Februar 1869 ist, mangels Abrede, der Ehefrau eines Gemeinders ein Lohnanspruch für die Führung der Hauswirthschaft aberkannt. Alle diese Entscheidungen deuten darauf, dass trotz der gesetzlichen Nichtregelung der Gemeinderschaft die Praxis dem Institut einer Gemeinschaft zu Gedeih und Verderb gerecht zu werden strebt. Ein Accrescenzrecht kann dagegen in Luzern wohl nicht zur Geltung gelangen.

Aus dem Kanton Tessin liegt eine Entscheidung des Bezirksgerichts Lugano vom 30. Januar 1871 vor, welcher eine vertragsmässige Gemeinderschaft zu Grunde gelegen zu haben scheint[104]). Es handelte sich um einen notariellen Vertrag vom 29. Januar 1817, der zwischen zwei Schwestern und dem Bräutigam der einen abgeschlossen wurde. In diesem recht complicirten Vertrage wird einerseits das Zusammenwohnen der drei Contrahenten im Vaterhause der Schwestern verabredet; andererseits schenken die beiden Schwestern ein Drittel ihres Vermögens dem Bräutigam unter dem Namen einer donatio propter nuptias; dagegen wirft der Bräutigam seine eigene künftige Errungenschaft in das gemeinsame Vermögen ein; kein Theil soll ferner ohne den anderen Geld aufnehmen oder Veräusserungen vornehmen dürfen; im Fall des kinderlosen Absterbens einer der Schwestern soll endlich ihr Drittel auf die beiden anderen Contrahenten vererben, bei beerbter Ehe dagegen das Drittel der Braut ihren Kindern zufallen.

Dieser Vertrag schliesst, wie der Einsender jenes Urtheils annimmt, den Sinn einer wirklichen Zusammentheilung (Fratellanza) und Gütergemeinschaft ein. Das Urtheil selbst geht aber auf das Institut der Fratellanza leider nicht näher ein, sondern behandelt nur die Frage der Widerruflichkeit der donatio propter nuptias wegen Nichterfüllung der für den Be-

---

[104]) Z. f. S. R. Bd. 19 S. 170—174 (aus dem Repertorio di giurisprudenza patria. Anno II 33 ff.). Vgl. auch N. 106.

schenkten aufgestellten und als rechtlich statthaft erachteten Bedingung der Bewahrung des Wittwerstandes, sowie die Voraussetzungen der Verjährung[105]).

Capitel II.

Das ältere schweizerische Gemeinderschaftsrecht.

§ 7.

Ob nun aber die Gemeinderschaft heute in einer grossen oder kleineren Zahl von Kantonen vorkommt, in jedem Fall war sie in früheren Jahrhunderten ein in der deutschen und welschen Schweiz fast[106]) überall nachweisbares Institut.

Wohl die älteste schweizerische Rechtsquelle, in der das Institut gesetzlich geregelt wird, dürfte die erneuerte Handfeste von Freiburg im Uechtland vom Jahre 1249 sein, die seltsamer Weise weder bei Wuhrmann, noch bei beiden Huber bezüglich der Gemeinderschaft angeführt erscheint.

In dieser Handfeste wird nur ein Rechtssatz proklamirt; aber er enthält das wichtigste Princip der Gemeinderschaft, das mehrfach erwähnte Accrescenzprincip, und zwar in folgenden Worten:

„Porro si aliqui liberorum illorum insimul fuerint quod non sunt partiti et contigerit unum illorum mori, bona illius defuncti illi liberi, qui non sunt partiti, inter se dividant,“ und die älteste Uebersetzung von 1410 giebt die Stelle mit den Worten wieder: „Sint aber daheine de kinde sament, also das sie nüt hant geteilet, und stirbet der eine, die andern, die nüt sind getheilet, theilent unter sich des toten gut“[107]).

---

[105]) Nach einer freundlichen Auskunft des Herrn Advocaten Dr. Gabuzzi in Bellinzona existirt die Fratellanza als besonderes Institut im Tessin nicht.

[106]) Vgl. oben § 6 N. 98 u. 99. Bezüglich des Thurgau vgl. oben § 6 N. 100 u. unten N. 146; bezüglich Schaffhausen vgl. oben § 2 und unten N. 143; bezüglich Tessin § 6 N. 105 und unten N. 130 u. 148.

[107]) Lehr, La Handfeste de Fribourg dans l'Uechtland de l'an 1249,

Diese Bestimmung der Freiburger Handfeste ging auch in die Handfeste von Thun[108]) und Burgdorf[109]) ohne erhebliche Abweichungen über[110]).

Eine eingehendere Behandlung wird der Gemeinderschaft in welschen Rechtsquellen des 16., 17. und 18. Jahrhunderts zu Theil. Es kommen besonders in Betracht:

a) für den Kanton Waadt[111]): die Coutumiers von Moudon[112]), Neuveville[113]) und Grandson[114]), der Plaid général von Lausanne[115]), die loix et statuts de la ville de Payerne[116]), der Code d'Aigle[117]), der Recueil des us et coutumes d'Ormont dessous[118]), ganz besonders aber das um die Mitte des 16. Jahrhunderts entstandene und in den Gerichten der Waadt als Autorität eingeführte Rechtsbuch des Notars Pierre Quisard von Nyon[119]) und die lois et statuts du pays de Vaud[120]);

Lausanne 1886 C. XVII Satz 3, S. 58 u. 59, auch S. 31. Die altfranzösische Uebersetzung v. 1406 lautet: „Se aucuns de ces enfants sont ensemble que ilz ne sont partis, et ils auient un de ces morir, les autres qui sont remes ensemble doiuent partir l'auoir entre lour.“ — Gaupp, D. Stadtrechte des Mittelalters II, 1852, S. 87 § 24.

[108]) Rubin, Handf. der Stadt Thur v. d. Gräfin Elisabeth v. Kyburg anno 1264 ertheilt. (1779) Art. 14.

[109]) Handf. v. Burgdorf v. J. 1316 C. 57. (Gaupp II S. 125).

[110]) Vgl. über Freiburg und seine Tochterstädte Huber IV S. 85 ff. und P. Schweizer in Festgabe für Büdinger, 1898 S. 6 ff.

[111]) Vgl. über die folgenden Waadtländischen Rechtsquellen im Allgemeinen Huber IV S. 123 ff. N. 24, S. 138—140, 145, 146, 156.

[112]) Huber IV S. 251 ff., § 121, N. 28, 40 u. 42.

[113]) A. a. O. N. 33.

[114]) A. a. O. N. 34, 36, 40—42.

[115]) A. a. O. N. 28, 31, 36 u. 40.

[116]) A. a. O. N. 28.

[117]) A. a. O. N. 28 u. 36.

[118]) A. a. O. N. 38.

[119]) A. a. O. N. 28, 31, 33—35, 40 u. 42, Z. f. S. R. XV, 2, S. 86 bis 95, livre III, tit. 8, Des indiuisions et partaiges ch. 1 u. 2.

[120]) Part I tit. 6 loy 2, tit. 9 loy 1, fol. 69; Part II tit. 23 loy 1, fol. 329; tit. 29 loy 5, fol. 343 bei J. François Boyve, Remarques sur

b) für den Kanton Freiburg: das Weisthum vom 16. April 1543 [121]), das Municipale vom Anfange des 17. Jahrhunderts [122]), die Stadtsatzung von Murten [123]), das Landrecht von Jaun [124]), der Coutumier von Estavayer [125]) und von Gruyères [126]);

c) für den Kanton Wallis: die Artikel von Naters von 1446, Art. 66 und 81, das Landrecht des Cardinals Schiner v. 1514 Art. 65, die statuta patriae Vallesiae v. 1571 c. 109 [127]); ferner: Beschluss der Bürgergemeinde Sitten 1529, Weisthum von Fully, Saxon und Riddes von 1545 § 9, Landrathsabschied von Fully 1605 und 1615, Freiheiten von Isérable 1624 c. 7, Gemeindeordnung von Conthey 1562 und Landrathsabschied von Monthey v. 1589 [127a]);

d) die Points de coutumes [128]) von Neuchâtel;

---

les loix et statuts du pays de Vaud, Neuchâtel, 1756, S. 70, 79, 80, 273, 274, 288. Max Huber S. 53 N. 4. Vgl. unten N. 193.

[121]) Z. f. S. R. Bd. 22, 2 S. 47 u. 48.

[122]) A. a. O. Bd. 38 S. 297 ff., Art. 312 ff. Bd. 39 S. 272 Art. 435. Vgl. Huber IV S. 145 u. 251 ff. N. 28, 38.

[123]) Huber IV S. 140 u. 254. Wuhrmann S. 31 u. 36.

[124]) Z. f. S. R. Bd. 22 S. 50. — Vgl. auch ebendas. S. 181 ff. (Corbières 1795, Belfaux 1797).

[125]) Huber IV S. 146 N. 56 u. S. 255 N. 40—42.

[126]) Vom 24. Septbr. 1587. Vgl. über diese Rechtsquelle Schnell in Z. f. S. R. 21 S. 73 u. 88; Huber IV S. 96, 97, 103, 146 N. 52. Vgl. unten N. 166.

[127]) Heusler, Rechtsqu. des Kantons Wallis (Sep.-Abdr. aus Z. f. S. R. Bd. 29—31), Basel; 1890, S. 189, 192, 235, 317 u. 318.

[127a]) A. a. O. S. 98, 424, 134 N. 529 ff.; 430; 139 N. 569; 143 N. 586. — Vgl. auch 90 N. 269 (1692); 61 ff. N. 131 u. 132 (1694 u. 1698); S. 93 N. 290 (1738). — Bezüglich Isérable vgl. auch Huber IV S. 253 N. 36. Vgl. auch Cropt, Elementa juris Romano-Valesii, 1841, § 392 S. 282. Wuhrmann S. 28, 31, 53 u. 54.

[128]) Osterwald, les lois, us et coutumes de la souveraineté de Neuchatel et Valangin, livre II, part I, tit. 8 § 2 S. 139—142 u. 144. „Le contrat est ancien dans cet Etat. Les audiences de 1565 en font mention comme d'une chose établie depuis longtemps.“ Vgl. auch H. F. Ca-

e) die Edits civils von Genf[129]);

f) für den Kanton Tessin das Statut von Mendrisio und Balerna vom 22. August 1788[130]).

Auch in der alamannischen Schweiz, in den Stadtrechten von Winterthur[131]), Uznach[131a]), Laufenburg und Rheinfelden[132]), Diessenhofen, Kaiserstuhl[133]), im Stadterbrecht von Zürich[134]) und Schaffhausen[135]), im Stadt- und Amtbuch von Zug[136]), im

---

lame, Droit privé d'après la coutume Neuchateloise, 1858, S. 397—400 und Huber IV S. 155 u. 251 ff. N. 29, 35, 39 u. 41.

[129]) Von 1568, revidirt und gedruckt 1707, tit. 151 § 1 u. 2 (des communautés de biens). Vgl. Huber IV S. 156 ff. u. 251 ff. N. 28 33 u. 35.

[130]) Vgl. Wuhrmann S. 9 N. 3 u. 53 N. 3 (Zürcher Staatsarchiv Gest. III Nr. 179 S. 201 ff., besonders § 6). Vgl. Max Huber S. 59 N. 4 u. 65 N. 3. Ueber diese Statuten vgl. Heusler in Z. f. S. R. Bd. 33 S. 216. — Heusler verweist im Sachregister zu den Rechtsquellen des Tessin (Z. 33 S. 297) unter dem Wort Gemeinderschaft auf die Statuten von Blenio v. 1447 c. 2, doch ist dort S. 385 nur ganz allgemein von den homines et communitates vallis Belegnii die Rede. Vgl. auch unten N. 148.

[131]) Erbrecht v. 1720 Art. 9 u. 1779 Art. 28. Pestalutz, Vollst. Sammlung der Statuten des eidgen. Kantons Zürich I (1834) S. 50 u. 21; Wuhrmann S. 30 u. 31; Max Huber S. 22 N. 3 u. 76, N. 4.

[131a]) Uznacher Stadt- und Landrecht vom 18. Jan. 1602 § 3 in Wasserschleben, Das Prinzip der Erbenfolge S. 289, auch 198 u. 199 „Welche Geschwüster zusammen theilen, die sollen Einandern erben."

[132]) Wuhrmann S. 27; Max Huber S. 74 N. 1 u. S. 81. Welti in Argovia IV S. 225 u. 227. (Laufenburg 1542, Rheinfelden 1530.)

[133]) Huber IV S. 256 N. 41. Kaiserstuhl. Erbr. v. 23. Juli 1680 Art. 4. (Pestalutz II, 1839, S. 13). Wuhrmann S. 29. Max Huber S. 31 N. 4; S. 32 N. 7; S. 77 N. 3; S. 90 N. 4. Vgl. Stadtrecht v. Diessenhofen aus der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts, abgedruckt in Schauberg's Z. f. schweiz. Rechtsqu. II S. 30 Art. 156, auch 148, vielleicht auch 155.

[134]) Zürcher Stadterbrecht v. 1716 Theil III § 13. Max Huber S. 41, Huber S. 74 N. 3, S. 69 N. 3 u. S. 77.

[135]) Ungedrucktes Schaffhausener Stadterbrecht v. 1604 (1612?) und 1748 (1714?). Vgl. Huber IV S. 153 u. 254 N. 38. Wuhrmann S. 30. Max Huber S. 76 N. 4 (Aufhebung des Accrescenzrechts).

[136]) St. u. Amtsbuch v. 1566 § 17, auch als Zusatz zum St. u. A.B.

Erbrecht der Grafschaften Baden[137]) und Thurgau[138]), im Sidwalder und Thurthaler Landrecht[139]), in zahlreichen Weisthümern und Urtheilen der Kantone Zürich[140]), Appenzell[141]), St. Gallen[142]), Schaffhausen[143]), Schwyz[144]), Lu-

---

v. 1432 (Ott in Z. f. S. R. I, Rechtsquellen 2 S. 31), abgedruckt bei Max Huber S. 74 N. 1 u. Wuhrmann S. 27.

[137]) Erbr. d. Grafsch. Baden, revid. 1637, Art. 7. Vgl. Huber IV S. 169 u. 253 N. 36. Pestalutz II S. 308. Vgl. auch Eidg. Absch. IV, 1ᵈ, S. 238 (1543).

[138]) Erbr. der Grafschaft Thurgau v. 1542 Art. 8 u. 9. Z. f. S. R. I, Rechtsqu. 1 S. 29. Huber IV S. 171 u. 255 N. 41.

[139]) V. 1546, Art. 19 u. 20. Abgedruckt bei Huber IV S. 254 N. 38 u. 434 N. 34. Irrthümlich citirt Max Huber S. 69 bei N. 4 unter dem Namen des Thurthaler Landrechts den § 13 des Hof. und Landrechts von Wattwil (um 1500), das freilich auch im Toggenburg an der Thur liegt. Dass es zwei verschiedene Rechtsquellen sind, ergiebt sich aus Fr. v. Wyss, Das eheliche Güterrecht der Schweiz S. 129, 132, 133 und v. Orelli in Z. f. S. R. VI S. 33.

[140]) Grimm, Weisthümer, Bd. I: Engelberger Hofrodel (gegen 1350) S. 3 (in Verbindung mit S. 1 N. 1), Hofrodel zu Altorf, 1439, S. 16, § 50 Kyburger Oeffnung v. 1506 § 25, S. 20; Oeff. v. Fällanden, S. 29 Abs. 5, Verkomnus v. Birmensdorf u. Urdorf, 1347, S. 33 Z. 3 ff.; Oeff. v. Stäfa (15. Jahrh.) § 12, S. 45; Hausbrief v. Bubikon, 1463, S. 65 § 12; Oeff. v. Neftenbach, S. 75 § 8 ff.; Oeff. v. Wiesendangen, 1473, § 12, S. 140; Oeff. v. Brätten, S. 146 Abs. 2; Lufingen S. 304 Z. 8. — Grimm rechnet Lufingen irriger Weise zum Kanton Aargau, vgl. dazu P. Schweizer im Anzeiger f. Schweiz. Gesch., 1890, Nr. 6 S. 106. — Bd. IV: Binzikon, 1435, S. 275 § 16; Dürnten, 1480, S. 276 § 4a; Obernhausen, S. 303 § 10; Erlenbach, 1518, S. 335 § 12; Embrach, S. 341 § 10. — Vgl. ferner Pestalutz I S. 318 (Art. 54 § 12 des Herrschaftsrechts v. Elgg v. 1535, vgl. Huber IV S. 256 N. 41 u. S. 430 u. Wuhrmann S. 53); II S. 42 (Wülflinger Herrschaftsrecht v. 1585 Art. 47) u. S. 226 (Kyburger Grafschaftsrecht v. 1675 Art. 71). — Bluntschli, Rechtsgesch. der Stadt u. Landschaft Zürich, II S. 440 ff. Schwamendingen in Schaubergs Z. I S. 122 (unvollständig bei Grimm IV S. 296).

[141]) Rechte zu Appenzell, 1379, bei Grimm I S. 190.

[142]) Rickenbach, 1495, bei Grimm I S. 212, Abs. 3; Hof- u. Landrecht von Wattwil, 1500, bei Grimm V S. 200 u. 201 § 13 ff. (vgl. auch

zern[144a]), Aargau[145]) und Thurgau[146]), in vielen anderen Urkunden[147]) und auch in den eidgenössischen Abschieden[148]) finden wir die Gemeinderschaft geregelt, erwähnt oder doch vorausgesetzt.

Diese in deutscher Sprache geschriebenen älteren Quellen

---

oben N. 139); Gebhardswil, Ufhofen u. im Rütlen, 1466, a. a. O. V S. 149 § 15. Vgl. auch Landbuch v. Gaster Art. 77 in Blumer's St. u. R.-Gesch. der Schweizer Demokratien I S. 515.

143) Neukilch, 1330, bei Grimm I S. 297 Abs. 3; Thayngen, 1444, a. a. O. IV S. 429 § 22; Schaffhausen-Stein'sches Gotteshausrecht v. 1290: „Den fal git nun der eltest, die teil und gemein mit einander hand; hand sie aber von enander geteilt, so hat man zur yetlichen das recht." (Nach einem Excerpt des Schweizer Idiotikon.)

144) Vgl. oben § 5 N. 83 ff., theilweise auch abgedruckt bei Grimm I S. 152 § 2 (Einsiedeln) u. IV S. 351 § 24 (Reichenberg).

144a) Amtsrecht von Meerschwanden in Z. f. S. R. XXIII S. 451 § 12.

145) Bünzen, 1568, bei Grimm V S. 76 § 25 u. Würenlos, 1694, a. a. O. S. 104 § 5.

146) Petershausen u. Langslacht bei Grimm I S. 245 Abs. 7; Tannegg und Fischingen, 1432; a. a. O. S. 277 Abs. 7; Engwil, 1532, S. 285 Abs. 7; Wagenhausen, 1491, Bd. I S. 290 Abs. 9; Sulgen, Rüti und Mühlibach, 1472, IV S. 408 § 53; Wigoltingen, 1403, S. 412 § 2; Zilschlacht, 1576, Bd. VI S. 341 a. E.

147) Z. B. Urkundenbuch der Stadt Basel I S. 102 (1237); der Abtei St. Gallen I Nr. 155, 334, 342; II Nr. 386, 438, 487; III Nr. 1455; Segesser, Sts. u. R.-Gesch. von Luzern I S. 672 ff. (1421); Fontes rerum Bernensium VI S. 415 (1338), 678, 693; Mém. et doc. de Genève XIV p. 81 v. J. 1264; Zürcher Staatsarchiv, (Gemächdebücher v. J. 1396, 1399, 1400, 1439, 1456, 1475. Gerichtsbuch v. 1553) Wuhrmann S. 6, 14, 26, 45. Fr. v. Wyss in Z. f. S. R. XIX S. 102 u. 103. Max Huber S. 22, 39 N. 3, 73 N. 2, 87 N. 2; Huber IV S. 252 ff. N. 30, 32, 39, 42.

148) Amtl. Ausg. der älteren Eidg. Absch. III a. S. 294 (1488), IV 1 d. S. 238 (1543), bei Huber IV S. 252 ff. N. 38 u. 41. Letzterer beruft sich N. 30 a. E. auch auf Bd. VI 2 S. 26, 61, 993 ff., „betr. das Vorkommen im Tessin, in der Vogtei des Rheinthals u. a."; das ist aber doch wohl ein Irrthum; die Stellen sprechen allerdings von der „Gemeinderschaft in Bollenz", von der „rheinthalischen Gemeinderschaft" resp. von dem „rheinthalischen Communellageschäft"; dabei ist aber offenbar nicht die privatrechtliche Gemeinderschaft unter Verwandten in Frage, sondern die öffentlich-rechtliche gemeine Herrschaft der 2½ resp. 8 Orte. Vgl.

bedienen sich zur Bezeichnung unseres Instituts meist ähnlicher Umschreibungen, wie wir sie oben § 5 No. 89—92 in Schwyz kennen gelernt; der Name ist, wie auch bei anderen germanischen Rechtsinstituten [149]) eben jünger als die Sache. Hauptsächlich begegnen die Ausdrücke: theil und gemein mit einander haben [150]), bei einander sein, nicht von einander getheilt haben [151]), in einem Haus sein [152]), Zusammenstossen [153]), Zusammentheilen [154]), Zusammenschütten [155]), einander zu Gemeindern annehmen [156]), Mus und Brod mit einander haushalten [157]), „eines muoss und brodts seindt und unter ein tach zuo hauss seindt [158]).“

In den französisch geschriebenen Quellen der Schweiz

Heusler in Z. f. S. R. 33 S. 192; Dierauer Gesch. der Schweiz. Eidg. II S. 469 und Eidg. Absch. a. a. O. VI 1838, 1851 ff. u. 1958.

[149]) Stobbe, Privatr. II § 78 N. 6 (Eigenthum), § 100 N. 2 (Reallasten).

[150]) Kyburger Oeffnung §§ 25 u. 32. Grimm, Wsth. I S. 20 u. 22; IV S. 272; V S. 200 § 13 (Wattwil). Bluntschli, Zürcher R.G. I S. 443. — „Theil und gemein“ hat aber auch eine weit über unser Institut hinaus reichende allgemeine Bedeutung für jede Art von Gütergemeinschaft; so ist es ein noch jetzt (besonders in Glarus) oft gehörtes Sprichwort: „Theil und gemein, wie die ersten Christen.“ Vgl. Stucky, Das Eigenthum am Kirchengut, Zürcher Inaug.-Diss., 1893, S. 60.

[151]) Z. B. Oeffnung v. Engelberg, Stäfa, Altorf, Bubikon, Dürnten. Bluntschli S. 443 ff.

[152]) Oeffnung von Wiesendangen v. 1473 I, 12 bei Bluntschli S. 445 N. 216.

[153]) Oeffnung v. Stäfa § 12; Oeffng. von Altorf v. 1439; Oeffng. von Dürnten v. 1480; Oeffng. von Bubikon Art. 20, bei Bluntschli S. 444 und 447, Grimm W. I S. 65 u. 66.

[154]) Thurg. Erbrecht v. 1542 a. a. O. Archiv des Gotteshauses Wettingen (im Aargau) 1637 (Excerpt des Idiotikon).

[155]) Eidg. Abschied IV 1d (16. April 1543).

[156]) Oeffnung von Neukilch (1330), Grimm I S. 297. Oeffnung von Dürnten v. 1480 (Bluntschli S. 444).

[157]) Oeffnung von Bünzen § 25 (Grimm V S. 76). Aehnliche Ausdrücke bei den Ganerbschaften, vgl. Wippermann, Ganerbschaft S. 12.

[158]) Heusler, Rechtsquellen des Kantons Wallis, S. 235 N. 2 (Deutsche Redaction der Statuta patriae Vallesii 1571 Art. 65).

geht das Wort indivision anscheinend nicht über das 16. Jahrhundert zurück; älter sind die Ausdrücke: être ensemble qu'ils ne sont partis[159]) und en pain, sel et conduite[160]); daneben wurde als volksthümlicher Ausdruck in der Waadt „rafrai“ gebraucht[161]); auch „hoirie“, von lat. heres, findet sich[162]).

Die Gemeinder werden als condiviseurs[163]), entronqués oder intronqués, die abgeschichteten Geschwister im Gegensatz zu ihnen als détronqués bezeichnet[164]).

Ich muss es mir versagen, auf alle Unterschiede zwischen dem älteren und neueren Recht an dieser Stelle näher einzugehen; nur auf folgende Punkte möchte ich hinweisen: 1. Einerseits finden wir in der Gemeinderschaft, wenn sie auch in der Regel unter Geschwistern (Geschwistergit) besteht, zuweilen doch noch Oheim und Neffen und Vettern[165]), selbst entferntere Verwandte und Verschwägerte[166]),

---

[159]) Vgl. oben N. 107.

[160]) Osterwald, Lois, us S. 141; Freib. Municip. Art. 312 „qui viuent en ung pain et farine, ayant ung mesme feu et lumiere.“ Vgl. auch unten N. 179.

[161]) Plaid général v. Lausanne Art. 114. Huber IV S. 251 N. 27.

[162]) Max Huber S. 40. Vgl. auch Calame, Le dr. privé d'après la cout. Neuch., 1858, S. 378: „Dans notre pratique, les héritiers d'un défunt, pris collectivement, se nomment l'hoirie;“ S. 455: „Avant le partage communauté. Notre pratique donne à cette communaute le nom d'hoirie.“

[163]) Freib. Municip. z. B. Art. 317 „condiuiseurs (Mittheileren“).

[164]) Max Huber S. 21 N. 12 (Grandson § 380). Nach Osterwald S. 140 bedeutet entronqués speciell die durch rafrarachement wieder vereinigten Gemeinder (Wuhrmann S. 10 N. 1).

[165]) Die Points de coutumes v. 1656, 1670, 1692 u. 1828 sprechen von frères et soeurs ou autres compersonniers; dies geht aber nach Osterwald S. 140 u. Calame S. 397 nur auf Oheim, Neffe u. cousins germains. Huber IV S. 251 N. 29; Max Huber S. 29 N. 2.

[166]) Boyve, Examen d'un candidat, S. 72 (bei Calame S. 398). Greyerzer Landrecht: „Si le père a frères, soeurs, oncles, neveux, cousins ou autres consanguins intronqués avec lui.“ (Ich entlehne dies Citat dem oben S. 20 erwähnten Gutachten Fietta's.) Wuhrmann S. 15 (Zürcher Urk. v. 1399); Huber IV S. 256 N. 42 a. E. (Genfer Urk. v. 1264).

ja ganz vereinzelt zufolge Vertrags sogar nicht verwandte, fremde Personen, „es werend frund oder lantzlütt“ [167]). Diesen Fremden entzog man aber allmälig das Accrescenzrecht [168]). Die Subjecte mussten Gleichberechtigte sein; Eltern und Kinder bilden daher anscheinend keine echte Gemeinderschaft [169]). Die eheliche Gütergemeinschaft gehört nicht zur Gemeinderschaft in technischem Sinne, obschon die Ausdrücke, dass die Eheleute sich zu Gemeindern annehmen, besonders in den Kantonen Zürich und Thurgau oft genug begegnen [170]).

Tod und Verheirathung eines Gemeinders zerstörte die Gemeinderschaft in der Regel nicht [171]).

2. Quisard [172]) spricht von einem chef et gouverneur de l'indivision, dem auch ohne Specialvollmacht die gerichtliche Vertretung der Gemeinderschaft zustehe. Ein Vertreter (chef de famille, caput hospicii, caput uxoris et familiae) findet sich auch in anderen Quellen [173]). Dass dieser Vertreter immer der Aelteste gewesen, wird zwar von einzelnen Schriftstellern [174]) behauptet, ist aber nur in wenigen Quellen nach-

[167]) Oeffnung v. Neukilch. Grimm I S. 297. Max Huber a. a. O. Vgl. auch Bluntschli I S. 444 (Dürnten); Wuhrmann S. 13, Huber IV S. 251 N. 29.

[168]) Max Huber S. 72.

[169]) Huber IV S. 251 N. 28. Vgl. aber auch Gierke, D. Pr. R. I S. 665 N. 7.

[170]) Wuhrmann S. 14 u. 65.

[171]) Max Huber S. 30—33. Huber IV S. 253 ff. N. 35, 40 u. 41.

[172]) A. a. O. S. 86 (livre III tit. 8 ch. 1 art. 3), abgedruckt auch bei Max Huber S. 54.

[173]) Vgl. Heusler I S. 246 N. 17 u. 18. Huber IV S. 253 N. 34 u. S. 243 (betr. Moudon, Echallens, Montier-Grandval, Romainmôtier). Oeffnung von Belfaux 1797 (oben N. 124): „L'ainé seul d'une famille indivise ou celui qui la régit.“

[174]) Bluntschli, I S. 446 N. 217 und G. L. v. Maurer, Gesch. der Frohnhöfe, der Bauernhöfe und der Hofverfassung in Deutschland, 1863, IV S. 300. — Beseler, dessen Erbverträge S. 86 ff. von Bluntschli a. a. O. citirt werden, betont gerade die nur vertragsmässige potestas eines Bruders über das gemeinschaftliche Vermögen.

weisbar, ein Umstand, den schon Heusler mit Recht als auffallend bezeichnet hat[175]. Ein Hauptbeleg für diese Vorherrschaft des ältesten Bruders in Schweizer Gemeinderschaften ist „der Waldleute sonderbarer Hofrodel" von Einsiedeln[176]; er beweist übrigens, streng genommen, nur das Vertretungsrecht in Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Dingpflicht an den beiden Jahrgerichten; denn den viel citirten Worten:

> „Wer aber das vil Brüder jn einem Hus und jn Einer Cost ungeteilt werind, so mag wol der Eltost bruder zu den Gerichten gan und die anderen Brüder, so da heimen Beliben, versprechen,"

geht der Satz über die Dingpflicht aller Grundbesitzer unmittelbar voraus, und es folgt ihnen sofort die Einschränkung:

> „es were dann das yemant Rechtz zu den Brüdern, einem oder mer so anheimsch beliben weren, begerte, der oder die sollent den zu recht antworten, ob jenen zu Recht, als recht ist, verkündt worden wer, und welche zu den vorgenannten gerichten nicht kämen, der yettlicher ist Einem heren und apte zu Bus an all wider Red verfallen dry schilling haller."

Jedenfalls war dies gesetzliche Vertretungsrecht eines Gemeinders — „nonobstant qu'il seroit l'ainé de touts" — schon im vorigen Jahrhundert in der Waadt auf kleinere Rechtsgeschäfte (bis zu hundert Gulden) eingeschränkt[177].

3. Ursprünglich galt der gemeinsame Haushalt, das „se mettre en même pain, sel et conduite"[178], für so unerlässlich,

---

[175]) Heusler I S. 246.

[176]) Bei Kothing, Rechtsquellen der Bezirke des Kantons Schwyz, 1853, S. 152 § 2; incorrect auch bei Grimm, Wsth. I S. 152.

[177]) Loix et statuts de Payerne S. 101 und du pays de Vaud von 1728 S. 60 bei Wuhrmann S. 22 und bei Max Huber S. 53 N. 4. Boyve, Remarques S. 71. Vgl. auch oben S. 24 ff. bei N. 72 u. 81.

[178]) Osterwald S. 140, Calame S. 399. Points d. Cout. 1628 und 1679. Municipale von Freiburg Art. 312. Huber IV S. 252 N. 32 und N. 33 a. E. (Code d'Aigle.) Vgl. auch oben N. 160.

dass die Aufgabe desselben die stillschweigende Aufhebung der Gemeinderschaft und damit den Verlust des Accrescenzrechts zur Folge hatte. Dieser Rechtssatz wurde durch die Parömie

„le feu et le pain partent l'homme"

ausgedrückt[179]). Allmälig änderte sich diese Auffassung; man fing an, die Abwesenheit Einzelner, insbesondere den Eintritt in fremde Kriegsdienste, das sogen. Reislaufen, als mit der Gemeinderschaft und dem Accrescenzrecht für verträglich anzusehen[180]). So entstanden namentlich in der Westschweiz, in Freiburg, Grandson und im Wallis, auch im Bernergebiet Gemeinderschaften mit aufgehobenem Haushalt, communautés à deux ménages et à deux pains distincts[181]). Bei diesen sogen. unechten[182]) Gemeinderschaften übernahm ein Gemeinder das Gut zur alleinigen Verwaltung und gab den aus einander gegangenen anderen Gemeindern einen jährlichen Kopftheil aus dem Jahresgewinn[183]). Die Quote wurde hier also schon vor der Auflösung wirksam; es gingen damit diese unechten Gemeinderschaften aus Verhältnissen der gesammten Hand in Miteigenthumsverhältnisse über, bei denen jeder Gemeinder über seine Quote frei verfügen durfte[184]). Diese unechten Gemeinderschaften werden neuerdings auch als Er-

---

[179]) Osterwald S. 141. Vgl. über den vollen Wortlaut dieser gereimten Parömie (Le feu, le sel et le pain, partent l'homme mortemain) Loysel, Inst. coutumières, éd v. Dupin u. Laboulaye, Paris, 1846, Bd. I Nr. 94, S. 127—138. Vgl. auch unten.

[180]) Osterwald S. 140. Calame S. 399. Wuhrmann S. 47 N. 6 und S. 48 N. 1 u. 2. Max Huber S. 32 N. 4. Pestalutz I S. 318 (Elgger Herrschaftsrecht Art. 54 § 12).

[181]) Coutumier de Grandson S. 162 loi 392, abgedruckt bei Wuhrmann S. 47, Huber IV S. 255 N. 41 u. Max Huber, S. 32 N. 1.

[182]) Max Huber S. 16.

[183]) Huber IV S. 250 N. 27. Max Huber S. 16, 20, 55.

[184]) Max Huber S. 16 u. 84 N. 2.

tragsgemeinderschaften[185]) bezeichnet; der Name scheint nicht ganz treffend, da nicht nur der Ertrag, sondern auch das Vermögen selbst, das den Ertrag abwirft, gemeinsam bleibt, und nur die gemeinsame Bewirthschaftung aufgehoben ist.

3. Sondergut war wohl nicht ursprünglich, aber doch schon sehr frühzeitig zugelassen, und zwar sowohl vertragsmässig als kraft Gesetzes[186]).

4. Das Accrescenzrecht der Gemeinder bei kinderlosem Absterben eines derselben ist vermuthlich so alt als die Gemeinderschaft selbst[187]). Im 16. und 17. Jahrhundert wurde es jedoch zu Gunsten des Erbrechts der abgesonderten Geschwister oder, sofern es sich um Verwandte gegenüber Nichtverwandten handelte, mehrfach durchbrochen oder wohl auf die Errungenschaft beschränkt, anderwärts überhaupt aufgehoben[188]) und erst in der Gegenwart wieder in einzelnen Kantonen zu vollen Ehren gebracht. Leibliche Abkömmlinge eines Gemeinders traten ohne Weiteres an seine Stelle, brauchten aber die Gemeinderschaft nicht fortzusetzen[189]).

Zu letztwilligen Verfügungen bedurfte es nach manchen Quellen und wohl ursprünglich überhaupt der Zustimmung aller Gemeinder; nach anderen Quellen bestand jedoch Testirfreiheit allgemein oder bezüglich des eingebrachten Vermögens

---

[185]) Huber, Betrachtungen über die Vereinheitlichung des schweiz. Erbrechts, 1895, S. 58 ff. Max Huber, S. 16, 20, 28, 37, 55, 84 u. 92. Vgl. auch oben S. 26 (indivision particulière).

[186]) Wuhrmann S. 17, 28 u. 30. Huber IV S. 252 N. 33. Max Huber S. 26. Vgl. auch Freiburger Municipale Art. 316 u. 317 in Z. f. S. R. 38 S. 302.

[187]) Viele Belegstellen bei Wuhrmann, S. 26; Huber IV S. 253 N. 36; Max Huber S. 73 ff. N. 2 ff. Vgl. auch oben N. 131[a] und die N. 147 citirte Baseler Urkunde v. 1237.

[188]) Belegstellen bei Wuhrmann S. 29 ff. Huber IV S. 254 N. 38. Max Huber S. 75 ff. Vgl. auch oben S. 29.

[189]) Huber IV S. 253 N. 35. Max Huber S. 72.

oder einer Quote desselben oder bezüglich des Sonderguts oder zu frommen Zwecken[190]).

5. Endlich bestand unter den Gemeindern eine allgemeine Unterstützungs-[191]) und bezüglich der Gemeinderinnen eine Dotirungspflicht[192]), von der die Abgetheilten trotz gleich naher Verwandtschaft befreit waren.

§ 8.

Der Ursprung der Gemeinderschaften.

Der hervorragendste Schweizer Jurist des vorigen Jahrhunderts, der Neuchâteler Jaques François Boyve[193]), findet den Ursprung unseres Instituts in der Leibeigenschaft[194]), und eine ähnliche Erklärung begegnet bei seinem Zeitgenossen und Landsmann Samuel Osterwald[195]), ja noch in unserem

---

[190]) Belegstellen bei Wuhrmann S. 36—38; Max Huber S. 82 ff. Vgl. auch oben S. 14 u. 22.

[191]) Wuhrmann S. 38. Max Huber S. 69. Es ist dies ein Correlat des Accrescenzrechts und entspricht der Parömie: „Wyters wie man ererbt, also soll man auch erzüchen und blönen“ (bei Huber IV S. 237 N. 3).

[192]) Belegstellen bei Huber IV S. 255 N. 40 und Max Huber S. 68 u. 69.

[193]) Vgl. über diesen bedeutenden Schriftsteller (1692—1771) J. Schnell in Z. f. S. R. XIII, (I.) S. 118—120 sowie v. Orelli, Rechtsschulen und Rechtsliteratur in der Schweiz, Festschrift für Bluntschli, Zürich 1879, S. 25.

[194]) Im Dictionnaire de définitions et de remarques pour l'intelligence des loix, us et coutumes du pays de Vaud et de la Principauté de Neuchâtel et Valangin. Neuch. 1733 (le titre seul imprimé) p. 311. Vgl. Schnell und Heusler im Glossar zu Quisard's Commentaire in Z. f. S. R. XV S. 156, auch Max Huber S. 14.

[195]) Osterwald, les loix, us et coutumes de la Souv. de Neuchâtel et Valangin S. 139 u. 140: „Il tire vraisemblablement son origine de la main-morte.“ Vgl. über diesen Boyve „nahezu ebenbürtigen“ Juristen Osterwald (1692—1769): Schnell a. a. O. S. 120 und 121 und Al. v. Orelli a. a. S. 26.

Jahrhundert für das analoge Institut der communauté taisible bei dem Franzosen Troplong[196]).

Das ist nun freilich grundfalsch, aber es bleibt doch die unbestreitbare, auffallende Thatsache, dass in unseren älteren Quellen, wenn auch keineswegs ausschliesslich, so doch recht häufig von der Gemeinderschaft unter Hörigen, besonders unter Gotteshausleuten die Rede ist. Wuhrmann[197]) und Max Huber[197a]) haben bereits über 20 ostschweizerische Weisthümer des 14. und 15. Jahrhunderts zusammengestellt, die sich gerade auf die Gemeinderschaft unter Hörigen beziehen, und man könnte noch ein Paar hinzufügen, wie Schwamendingen[198]) und Engwil[199]).

Woher kommt diese besondere Berücksichtigung der Hörigen-Gemeinderschaft? Weil gerade für diese eine bisher von uns noch nicht berührte, ganz besondere und ihnen zu hohem Nutzen gereichende Rechtsregel bestand. Besass doch der Hörige, wenigstens ursprünglich, kein[200]) eigenes Vermögen. Streng genommen gehörte also Alles dem Herrn, fiel daher bei des Hörigen Tode auch an den Herrn zurück[201]). Das mildert sich nun bekanntlich allmälig, und es tritt an die Stelle

---

[196]) Troplong, le droit civil expliqué. Du contrat de société civile et commerciale. Tome I, Paris 1843. Préface p. XXXVII ff. Vgl. unten.

[197]) Wuhrmann S. 40 ff.

[197a]) Max Huber S. 50—52.

[198]) Schwamendingen, Kanton Zürich, in Schauberg's Z. f. noch ungedruckte Schweiz. Rechtsquellen I S. 115 ff. und im Auszug in Grimm's Weisthümer IV S. 296 a. E.

[199]) Oeffnung von Engwil, Kanton Thurgau, von 1532 u. 1611 in Grimm's Weisth. I S. 285, vorletzter Absatz. Die Engwiler nennen sich freilich Freie, haben sich aber doch der Kirche zu Constanz ergeben. Vgl. Fr. v. Wyss, Abhdlgn. z. Gesch. d. schweiz. öff. Rechts, 1892, S. 223, 260, 285.

[200]) G. L. v. Maurer IV S. 360, Brunner Rechtsgeschichte I S. 96, vgl. aber auch S. 231. Heusler I S. 127 u. 137 und Huber IV S. 217 N. 14.

[201]) Brunner I S. 98 u. 244; Schröder, D. R.G. 2. Aufl., 1894, S. 265 N. 36.

des Erb- oder Heimfallrechts des Grundherrn die Erbabgabe. Diese Erbschaftssteuer bemass sich in der Schweiz seltener als in Deutschland nach dem strengen System der Fahrnissquote, des sogen. Buteils; sie erscheint vielmehr überwiegend in der milderen Form des besten Stückes, des sogen. Falls (Kurmede oder Besthaupt[202]). Nur vereinzelt war sie zu einer symbolischen Leistung herabgedrückt, etwa wie in Reichenburg, Kanton Schwyz, zur Abgabe des rechten Schuhs „zuo einem val, so er nicht andres hätt, zum wortzeichen und urkund, daz er ein Gotshusman gewesen sye"[203]), oder wie in Deutschland (Stift Hildesheim), beim Nachlass des armen Mannes zur Abgabe von Bettelsack oder Bettelstab[204]). In der Regel war der Fall aber nicht so harmlosen Charakters, sondern eine recht empfindliche[205]) Erbschaftssteuer, die um so drückender war, als sie, streng genommen, bei Gemeinderschaftsverhältnissen beim Tode eines Jeden der Gemeinderschafter zu entrichten gewesen wäre. Wollte der Grundherr nun nicht ganz auf den Fall verzichten[206]), andererseits aber die Wirthschaft der Gemeinder nicht allzuschwer schädigen,

---

[202]) Maurer S. 353; Schröder S. 442; Huber IV S. 223 N. 29 und 30 und S. 550 N. 17. Heusler I S. 138—142.

[203]) Grimm Weisth. IV S. 349 § 15. Vgl. auch I S. 657 § 15 (Grosskems im Elsass): die Hausthür und II S. 536 N. 1 (Wetteldorff bei Prüm): ein dreibeiniger und sofort zu verbrennender Stuhl.

[204]) Grimm Rechtsalterth. S. 369 u. 372; Graf u. Dietherr, Rechtssprichw. S. 54; Maurer S. 369.

[205]) Im deutschen Bauernkrieg forderten die Hauptartikel aller Bauerschaft Art. 11 die totale Aufhebung des unchristlichen „Brauchs genandt der todt fall". Vgl. Maurer S. 374.

[206]) Solche Verzichte finden sich erst später, z. B. in der Gerichtssatzung von Brugg v. 1621, Huber IV S. 135 u. 223 N. 29. Ueber Ablösung des Falls in der Schweiz vgl. Oeffnung von Laufen (Kanton Zürich) bei Grimm I S. 107 Z. 6 und im Kanton Thurgau Ermatingen (Grimm I S. 240 § 10, 242), Petershausen und Langslacht (Grimm I S. 247 Z. 10 von unten) und Engwil I S. 285 u. f., vgl. auch Segesser im Geschichtsfreund von Luzern I S. 169 u. 257; Maurer S. 375; Wuhrmann S. 41; Eidg. Abschiede VI, 2 S. 1852 ff.

so blieb ihm nur der Mittelweg, sich auf den Fall beim Tode eines Einzigen der Gemeinder zu beschränken und zwar auf den Fall beim Absterben des Aeltesten der Gesammthänder. Um dieses Satzes willen reden die Weisthümer hauptsächlich von der Gemeinderschaft[207]), um dieses Privilegs willen wurde die Gemeinderschaft auch wohl häufig eingegangen beziehungsweise fortgesetzt[208]), da nach der Theilung der Gemeinderschaft jeder Inhaber eines Theils den ganzen Sterbfall zu entrichten gehabt hätte[209]). Gereicht so die Gemeinderschaft für Erbrecht und Erbschaftssteuer den Unfreien zum Segen[210]), so war sie doch auch dem Herrn von Nutzen, indem sie die Prästationsfähigkeit der hörigen Grundstücke sicherte und deren Theilung steuerte[211]). Wenn nun aber auch unser Institut vorwiegend unter hörigen Bauern vorkam, so ist es doch keineswegs auf Unfreie beschränkt gewesen. Pflegt doch das Hofrecht, wie Gierke[212]) geistreich bemerkt, das Landrecht (Gemeinderecht) einer älteren Stufe in lebenskräftiger Weise (innerhalb der Hofmarkgemeinde) zu reproduciren, und so begegnen auch im frühen Mittelalter thatsächlich Gemeinderschaften unter freien Bauern, auch unter Bürgern[213]), ja

---

[207]) Heusler S. 246, auch S. 141 N. 16.

[208]) „Les familles vivaient grouppées autour d'un chef, au mode patriarcal; de nombreux ménages étaient ainsi réunis sous une seule reste ou toiture, soit en vue des héritages, soit pour payer moins d'impôts . . .“ Romainmôtier (Mém. et doc. publ. par la société d'Hist. de la Suisse romande III S. 881) bei Huber IV S. 243. Vgl. auch Gierke, Genossenschaftsrecht II S. 953 N. 41.

[209]) Vgl. Maurer S. 323 ff.

[210]) Troplong a. a. O. préface p. XLI: „L'association mitigeait donc la dureté de la main-morte; elle la faisait participer aux plus précieux des droits civils.“

[211]) Huber IV S. 550. Vgl. auch Troplong p. XLII: „D'ailleurs, c'était un moyen d'éviter la confusion des redevances, opérée par le fractionnement des tenements, en pièces et lopins.“

[212]) Gierke, Erbrecht und Vicinenrecht, in Z. f. Rechtsgesch. XII S. 469, Genossenschaftsrecht I S. 162.

[213]) Belege bei Wuhrmann S. 73.

man darf es wohl annehmen, auch unter edlen Geschlechtern [214].

Welches ist nun die wahre Quelle der Gemeinderschaft?

Nicht die Unfreiheit, nicht ein specifisch schweizerisches Verhältniss ist die Quelle der Gemeinderschaft, nein, ihr Ausgangspunkt wie der Ausgangspunkt aller wirthschaftlichen Entwickelung [215] ist, darüber herrscht heute wohl volles Einverständniss [216], jenes universale Institut, das wir die Hausgenossenschaft nennen.

Nach den Forschungen Laveleye's [217], Maine's [218], Hearn's [219], Kohler's [220], Leist's [221] und Post's [222]

---

[214]) Wuhrmann S. 7; Max Huber S. 8 N. 3.

[215]) Brentano, Ueber Anerbenrecht und Grundeigenthum, 1895, S. 12.

[216]) Bluntschli, Zürcher R. Gesch. I S. 442; Gierke D. Pr.R. I S. 664; Heusler I S. 227 ff.; Huber IV S. 250; Max Huber S. 6 u. 15; Wuhrmann S. 5.

[217]) Emile de Laveleye, Das Ureigenthum, deutsch von Bücher, Leipzig 1879 S. 61 ff., 365 ff. und Les communautés de famille et de village in der Revue d'Econ. politique II, 1888, Juli-August p. 345—363.

[218]) Henry Sumner Maine, ancient law, 2 Ed. 1863, S. 266—269, Lectures on the early history of institutes p. 78 ff. und in Nineteenth Century I S. 799 ff.

[219]) Hearn, The Aryan Household, its nature and its developement, 1879 S. 176—187.

[220]) Kohler, Krit. Vierteljahrsschr. XXIII, 1881, S. 8. ff., 28, 33; derselbe in dieser Zeitschrift VI S. 325 ff., 402; VII S. 195 ff.; VIII S. 94, 121; X S. 429 ff., 437 ff.; derselbe, Rechtsvergleichende Studien S. 120, 217 ff., 233, 236 (1889).

[221]) B. W. Leist, Alt-arisches jus civile I, 1894, S. 494 ff.; II, 1896, S. 39, 48, 117, 136 ff. und derselbe, Alt-arisches jus gentium, 1889, S. 80, 414, 510.

[222]) Post, Anfänge des Rechts- und Staatslebens, 1878, S. 276 ff.; derselbe, Bausteine, 1881, II S. 165 ff.; derselbe, die Grundlagen des Rechts, 1884, S. 71 ff.; derselbe, über die Aufgaben einer allg. Rechtswissenschaft, 1891; derselbe, Grundriss der ethnolog. Jurisprudenz, 1894, I S. 124 ff.; II S. 722. Dieser Grundriss ist gemeint, wenn Post ohne weiteren Zusatz citirt wird.

kann es als eine urgeschichtliche Erscheinung von allgemeiner Geltung angesehen werden, dass sich mit den ersten Ansiedlungen der geschlechterrechtlichen Verbände Gruppen von meist blutsverwandten Personen unter einem Familienhaupt zu einer Rechtsgemeinschaft mit gemeinsamem Haushalt und gemeinsamem Vermögen, oft auch mit gemeinsamem Ahnenkult[223]), absonderten. Diese Gruppen sind es, die man als Hausgenossenschaften, Hausverbände, Hausgemeinschaften, Hauscommunionen, communautés de famille, joint families, Troggenossenschaften[223a]) oder Hauskoinonieen[223b]) bezeichnet; diese Ausdrücke sind im Wesentlichen gleichbedeutend[224]).

An der Spitze dieser Hausgemeinschaften steht ein Oberhaupt, fast immer ein Mann, selbst dann, wenn sich die Gemeinschaft aus mutterrechtlich verwandten Personen zusammensetzt; oft steht neben dem Hausvater eine ihm untergeordnete Frau, die aber den weiblichen Hausgenossen gegenüber eine herrschende Stellung einnimmt[225]). Bei der vaterrechtlichen Hausgemeinschaft ist das Haupt naturgemäss der Vater. Die Gemeinschaft umfasste alle Hausgenossen, nicht bloss Weib und Kinder, sondern auch Schwiegerkinder, Enkel und des Vaters jüngere Geschwister, mitunter auch Fremde[226]), die in

---

[223]) Post I S. 130 N. 1. und die dort Citirten.

[223a]) Brentano, über Anerbrecht und Grundeigenthum, 1895, S. 12 „vielleicht wäre die antike Bezeichnung Troggenossenschaft mehr am Platz."

[223b]) Leist, jus civile I S. 266 ff.

[224]) Bücher (zu Laveleye S. 365 Note) erklärt den Ausdruck „Hausgenossenschaft" als „weniger passend". Post, I S. 124: „Die Hausgenossenschaften können engere und weitere Kreise von blutsverwandten Personen umfassen. Im zweiten Falle spricht man namentlich von Hausgemeinschaften. Beide Bildungen sind aber wohl zweifellos ursprünglich eins und dasselbe." Ueber „joint family" vgl. unten bei N. 262. Leist (jus gentium 80, 515, jus civile I S. 494) spricht allgemein von der alt-arischen Koinonie des Oikos.

[225]) Post I S. 134.

[226]) Maine, ancient Law S. 263; Post III S. 127 N. 1, 2.

das Haus aufgenommen sind. Es besteht nun die eigenthümliche Tendenz, dass die Hausgenossen nach dem Wegfall des Hausvaters in ungetheilten Gütern sitzen bleiben[227]), bis etwa die zu zahlreich gewordene Gemeinschaft zu einer Abschichtung Einzelner den Anlass giebt. Die Würde des Oberhaupts geht dabei durch thatsächliche Anerkennung oder durch Wahl über; bei der mutterrechtlichen Familie meist auf einen uterinen Bruder oder Schwesternsohn, bei der vaterrechtlichen Familie gewöhnlich auf den ältesten Sohn oder den nächsten Agnaten[228]); doch giebt es Völker, die nicht den ältesten, sondern den tüchtigsten der Brüder zum Oberhaupt berufen. Das Leitmotiv dieses zur Koinonie gewordenen Hauswesens bildet, um mit Leist zu sprechen, nicht das Individualinteresse der Glieder, sondern das nicht in Quoten zerlegbare Wohl Aller[228a]).

Solche Hausgenossenschaften finden sich in der That, obschon Leist[229]) darüber spöttelt „all over the world" verbreitet[230]), nicht nur bei arischen, sondern auch bei nicht arischen Völkern, bei mutterrechtlichem und bei vaterrechtlichem System; der Ausschluss der Töchter von der Erbfolge ist kein Beweis für oder gegen das Bestehen der Hausgemeinschaft[230a]), sie findet sich eben überall; sie gehören in der That der Universalrechtsgeschichte an, die keineswegs, wie Leist sie bezeichnet, eine nur „hypothetische" ist. Eine kurze Umschau, die sich zumeist an die Aufsätze von Kohler und Post anschliesst, mag dies bestätigen.

---

[227]) So Leist I S. 494.
[228]) Post I S. 135.
[228a]) Leist, Jus civile II S. 141.
[229]) Leist, j. civile I S. 271 u. 501.
[230]) A. M. ist Laveleye S. 417 u. 418.
[230a]) Vgl. auch Bernhöft in dieser Z. IX S. 3. N. 2.

§ 9.

A) Die Hausgenossenschaft bei nichtarischen Völkern.

1. Ueber China berichtet Dewas[231]): „Beim Verhältniss der Geschwister in China ist Familiengemeinschaft ein auffallender Zug. Das Gesetz erlaubt nur dann eine Theilung des Guts nach dem Tode des Vaters, wenn die Wittwe ihre Erlaubniss dazu giebt. Und im Leben ist es ganz gewöhnlich, besonders unter der Bauernschaft, dass eine Familie in mehreren Generationen in Gemeinschaft bleibt, und dass im Bedürfnissfalle bei jeder Heirath neue Räume an das Wohnhaus angefügt werden. Der technische Ausdruck für solche Gemeinschaft ist Gesammtfamilie; dieselbe besteht in China aus vielleicht durchschnittlich 16 Personen, oft aber erreichen sie die Zahl 40 und mehr. Wenn sie zu umfangreich werden, oder wenn unversöhnlicher Zwist ausbricht, wird die lang aufgeschobene Theilung zum Austrag gebracht. Und die praktischen Chinesen haben schnell herausgefunden, welche grosse Ersparniss von Mühe und Kosten gemacht wird bei gemeinsamer Arbeit und gemeinsamem Vergnügen.“ S. 11: „Das Familiengut umfasst Alles, was der Vater geerbt, sowie was er oder seine Söhne dazu erworben haben, denn alle Errungenschaften werden conferirt. Es ist zwar für einen Sohn, der die Familie verlässt, um Beamter zu werden oder Kaufmannsgeschäfte in fremden Landen zu betreiben, möglich, auszuscheiden zu gesondertem Erwerb, so dass er für eigene Rechnung arbeitet und keinen Theil am zu theilenden Familiengut hat, aber das ist weniger eine Ausnahme als wie eine Anwendung (?) der allgemeinen Regel, dass die Söhne ein zukünftiges Interesse am Familiengute haben, das man ihnen nicht entziehen kann.“ S. 14: „Der älteste Sohn ist vor

---

[231]) Dewas, Studien über das Familienleben. Uebersetzt von P. M. Baumgarten, Paderborn 1887, S. 12.

seinen Brüdern ausgezeichnet, ihr Haupt und Herr zu sein, solange sie in Gemeinschaft[232]) leben."

2. Die japanische Einheit des Hausstandes und die nach der Erstgeburt sich bestimmende Hausstandsvererbung ist in dieser Zeitschrift bereits von Kohler eingehend erörtert worden[233]).

3. Auch in Korea lebt die streng agnatische Familie meist in Gütergemeinschaft; der Vater ist das Haupt der Gemeinschaft, nach seinem Tode der älteste Sohn[234]).

4. In Kamschatka wachsen die Familien in den Ostrogen oft zu einer Zahl von 100—300 Köpfen; erst wenn die Bewohner eines solchen Ostrogs keine genügende Nahrung mehr finden, wandert ein Theil aus und gründet eine neue Colonie[235]).

5. In Anam, dessen Recht überhaupt dem chinesischen sehr nahe steht[236]), scheint auch die Hausgemeinschaft unter dem truong tôc ausser Zweifel[237]).

---

[232]) Leist erkennt die Aehnlichkeit der chinesischen Familiengemeinschaft mit der arischen joint family an, hält aber beide gleichwohl für „ganz verschiedene Schemata"; sein anscheinend einziges Argument, dass die chinesische aus dem Patriarchenthum (j. civile I S. 200 und 312 N. 1) entstanden sei, erscheint nicht entscheidend; vgl. gegen die Unterschätzung des Patriarchenthums auch Heusler I S. 45 ff. und Bernhöft Z. VIII S. 12 u. 13. Vgl. auch über das gemeinsame Hausvermögen in China Kohler in dieser Ztschr. VI S. 379 u. 380. Post, Grundriss I S. 125 N. 4. Leist, jus civile I S. 500 N. 3, 501 und 505 N. 7.

[233]) Kohler in dieser Ztschr. X S. 437 u. S. 442 ff. Vgl. auch Post I S. 125 N. 3 u. 4, 218 N. 4, den von ihm citirten Weipert, Das jap. Familien- und Erbrecht, im 43. Heft der Mitth. der Deutschen Gesellschaft für Natur- und Völkerkunde Ostasiens in Tokio S. 83 ff. und Friedrichs in dieser Ztschr. X S. 369 ff.

[234]) Kohler in dieser Ztschr. VI S. 402; Post I S. 129 N. 1.

[235]) Post, Bausteine II S. 165, Studien S. 46 ff., Grundriss I S. 128 N. 2.

[236]) Post, Aufgaben einer Allgem. Rechtswissenschaft 1891, S. 164; Kohler, Rechtsvergl. Stud. S. 198 und in dieser Ztschr. VI S. 351 u. 380.

[237]) Jobbé-Duval, La commune annamite d'après de récents

6. Dass in Birma Familiengemeinschaft mit Sammtgut auch unter Brüdern und deren Familien statthaft, durch freie Thätigkeit erworbenes Sondergut möglich und das Accrescenzrecht bei gatten- und kinderlosem Absterben eines Gesammthänders unter Geschwistern anerkannt ist, hat Kohler in dieser Zeitschrift VI, S. 180 und 183 ausgeführt.

7. Hausgemeinschaft findet sich ferner auf indischem Gebiet bei den Dravidavölkern der Khands[238]), Bergstämmen der Nilagiris, Kolhs und Nairs[239]), auf Ceylon bei den Wedda und Tamulen[240]).

8. In Malabar steht das Tarawâduhaus unter dem ältesten männlichen Mitgliede der Mutterfamilie; dieses wird kraft Erstgeburtsrecht der Kâranawen oder Vermögensverwalter; nach dem Tode des letzten männlichen Mitglieds geht die Verwaltung auf das älteste weibliche Glied über. Der Kâranawen ist nur gerichtlich entsetzbar; er kann sich einen Stellvertreter ernennen, aber jederzeit die Verwaltung selbst wieder in die Hand nehmen. Alles unbewegliche Gut ist, von Nothfällen abgesehen, unveräusserlich und untheilbar. Der Unterhalt des ganzen Geschlechts wird aus dem Geschlechtsvermögen bestritten. Wer ohne Zustimmung des Kâranawen auswärts lebt, verwirkt sein Recht auf Unterhalt. Zur Belastung des Geschlechtsvermögens und zur Trennung des Tarawâdu bedarf es der Zustimmung aller Familienmitglieder. Sondergut

---

traveaux, 1896 (Extr. de la Nouv. Revue histor. de droit français et étranger), citirt S. 23 N. 1: „Au dessus du chef de la famille, il y a encore dans la famille annamite le truong tôc, chef de la parenté . . ., chaque famille a pour chef général l'ascendant commun. A défaut de l'ascendant commun à tous, c'est le plus âgé de ses fils survivants; à défaut de fils survivant, c'est le plus âgé des petits fils, et ainsi de suite."

238) Vgl. Kohler in dieser Ztschr. VIII S. 264 u. f. Post I S. 125 N. 4.

239) Post a. a. O. S. 134 N. 1, 202 N. 1, 208 N. 4; derselbe, Grundlagen des Rechts, 1884, S. 75. Vgl. auch Bernhöft S. 13 und 16.

240) Vgl. Kohler, Rechtsvgl. Stud. S. 213 u. 217; Z. XII S. 336; Post I S. 135 N. 2, 209 N. 3 u. 210 N. 2.

ist statthaft und unterliegt der Verfügung des Erwerbers unter Lebenden und auch von Todeswegen; eventuell fällt es an das Tarawâdu[241]).

9. Unter den oceanischen Völkern sind die der mutterrechtlichen Menangkabau'schen Malaien auf Sumatra[242]), die Fidschiinsulaner[243]), Papuas[244]), Rarotonga, bei denen Theilung erst in der vierten Generation verlangt werden kann, Tahiti, Mangareva, Tahoi, Nukuhiva und Markesasinseln[245]), sowie die mutterrechtlichen Pelauer hervorzuheben. Bei Letzteren bildet die Hausvorstandschaft eine Art Seniorat; dem Senior (Obokul, Rupak) steht eine Frauenälteste, etwa eine Tante oder Grossmutter, berathend zur Seite[246]).

10. Das Institut begegnet ferner bei vielen Indianervölkern, so bei den Chinooks[247]), Kansas und Osagen[248]), Californiern, Mannacicos und Patagoniern[249]) sowie den mutterrechtlichen Wyandots[250]).

11. Nicht minder häufig ist es in Afrika, so bei den Kru, Grebos, Barea, Kunáma, Bangalas, Kimbundas, Fanti, an der

---

[241]) W. Schmolck, Neffenerbrecht in Malabar, in den Geograph. Nachr., Basel 1892, VIII S. 33 ff. u. 59 ff. Post I S. 135 N. 2, 138 N. 1, 200 N. 3, 201 N. 3, 206 N. 1 u. 4, 210 N. 4, 213 N. 1 u. 216 N. 1. Kohler in Kr. Vierteljahrsschrift XXIII S. 9.

[242]) Kohler in dieser Ztschr. VI S. 333 N. 27 u. 28 (Wilken). Post I S. 128 N. 1 u. 2, 199 N. 2, 203 N. 2; derselbe, Studien S. 272; Laveleye-Bücher S. 416 N. 3.

[243]) Post I S. 139 N. 1; Bausteine II S. 89.

[244]) Post S. 136 N. 1. Schellong in Z. f. Ethnologie XXI S. 10. Bernhöft S. 3. N. 2.

[245]) Post I S. 138 N. 3.

[246]) Kohler in dieser Ztschr. VI S. 325. Post I S. 134 N. 2; Bausteine II S. 218; Kubary, Die socialen Einrichtungen der Pelauer. 1885, S. 57; Semper, Palauinseln S. 181.

[247]) Post I S. 135 N. 1, Bausteine II S. 190 (Bancroft, Native races, 1883, S. 241).

[248]) Post I S. 134 N. 1, 138 N. 2; Studien S. 322.

[249]) Post I S. 139 N. 1.

[250]) Post I S. 125 N. 4.

Loangoküste, den Kytch, Galla, Bogos[251]), bei den Evhenegern[252]), Kabylen[253]); auch für das altägyptische Recht dürfte es vielleicht anzunehmen sein[254]).

12. Es begegnet endlich auch bei den Basken[255]), Samojeden und Eskimos[256]), den finnisch-tatarischen Mescheräken[257]) und hat nach Strabo bei den alten Bewohnern Arabiens bestanden[258]).

B) Arische Völker.

§ 10.

Inder.

Ganz besonders aber findet sich die Hausgenossenschaft bei den arischen Völkern, deren Institution, wie Kohler[259]) treffend sagt, auf Gemeinschaft, nicht auf Individualismus gegründet ist. Kein arisches Volk, bei dem nicht Hausgemeinschaft gilt oder doch gegolten hat.

Die indische Hausgenossenschaft[260]) (kutumba[261]) wird

---

[251]) Post I S. 139 N. 1. Afrik. Jurisprudenz I S. 51 ff., 414 ff.; II S. 161, 162. Bücher S. 416. (Waitz Anthropologie II, S. 39.)

[252]) Henrici in dieser Ztschr. XI S. 137, 142; Post II S. 723.

[253]) Post I S. 126 N. 4; Studien S. 49.

[254]) Post I S. 127 N. 1; Aufgaben S. 206.

[255]) Post I S. 126 N. 4.

[256]) A. a. O. S. 135 N. 1. Vgl. die interessanten Mittheilungen von Cliffe Leslie (Academy, 17. Januar 1876) bei Laveleye S. 416 u. 417. Kohler Z. XII S. 335.

[257]) Post I S. 136 N. 2.

[258]) Strabo, XVI, IV, 25. Viollet, précis de l'hist. du dr. frç., 1886, S. 642 N. 2. Beaune, Les contrats, 1889, S. 572.

[259]) Kohler in dieser Ztschr. VII S. 167. Vgl. auch Gierke in Z. f. R.G. XII S. 481.

[260]) Kohler, Kr. V. Sch. XXIII S. 8 u. 9; Das Recht als Lebenselement der Völker, 1887, S. 23 u. 24; in dieser Ztschr. VII S. 195 ff. (Pendschab) VIII S. 94 (Bihar) u. 121 ff. (Dekkan) Hearn S. 176 ff. Dewas S. 71 ff. Maine, Ancient law 261 ff. Early history S. 218 ff. Post I S. 125 N. 4. Leist, j. civile I S. 250, 270 ff., 494, sowie Jolly,

jetzt allgemein als joint family oder joint undivided family bezeichnet; nur Leist[262]) bekämpft den Ausdruck als „unklar" und „gefährlich", indess ohne triftige Gründe; natürlich darf die Hausgemeinschaft nicht mit der village-community verwechselt werden[263]). Die joint family geht auf die älteste Zeit zurück. Obwohl Manu bereits die Theilung als gesetzlich und selbst löblich anerkennt[264]), blieb der Hausgenossenschaft ihre erhaltende Kraft, überdauerte sie selbst die islamitische Periode[265]) und ist auch in der Gegenwart in ganz Indien verbreitet; sie findet sich selbst in dem von den Smritis ganz unbeeinflussten Gewohnheitsrechte des Pendschab[266]). Sie beruht auf der Gemeinsamkeit der Wohnung, des Gottesdienstes, des Eigenthums und der Mahlzeiten; um dieses letzteren Umstandes willen werden ihre Mitglieder geradezu als die „gemeinsam Kochenden"

Outlines of an history of the Hindu Law of partition, inheritance and adoption, Calcutta, 1885, S. 81 ff., 88 ff. u. 223 ff. und jetzt besonders Jolly, Recht und Sitte, in Bühler's Grundriss der indo-arischen Philol. und Alterthumskunde, II Heft 8 (1896) § 22 S. 76—80 und die dort Citirten. — Vgl. auch oben N. 39a.

261) Jolly, Recht, S. 79 (Nārāyana). Das Haus heisst griha oder dama, (Zimmer, Altindisches Leben, 1879, S. 149, 159; Bernhöft S. 3 N. 3). Nach einer freundlichen Auskunft meines Herrn Collegen Kaegi bedeutet Kutumba und Kutumbaka wörtlich: Hausstand, Hauswesen; Hausgesinde, Familie; es findet sich noch nicht in der ältesten Sprache, ist aber geläufig seit dem Epos, begegnet bei Āpastamba, Manu etc.; die Mitglieder der Familie heissen kulya (von kula, Familie).

262) Leist I S. 271, 497 u. 507.

263) Post, Grundlagen S. 75. Kohler, Recht als Lebenselement S. 23. Jolly a. a. O. S. 95 u. 96. Bernhöft a. a. O.; Leist, j. gent. S. 34 ff.

264) Hearn S. 187: „Manu recognizes not only the innocence but even the advantage of separation. Since religious duties are multiplied in separate homes, separation is legal and even laudable." Vgl. auch Jolly S. 76; Manu IX, 111; Brhaspati 25, 6; Strehly, les lois de Manou, traduites, 1893, S. 273.

265) Kohler, Recht als Lebenselement S. 24 N. 1. Vgl. unten N. 283.

266) Jolly S. 80. Kohler, Z. VII S. 195 ff.

(ekapākena vasantas) bezeichnet[267]). An der Spitze steht der Hausvater, der pati; in den Gesetzbüchern heisst er grihin oder kutumbin, in Bengalen heute karta. Nur er vertritt die Familie nach Aussen; in seiner Verfügung ist er durch das Einspruchsrecht der Söhne beschränkt[267a]). Stirbt der Vater, ohne selbst Theilung vorgenommen zu haben, so geht die Würde des Haushaltungsvorstandes auf den ältesten Sohn über[268]), der jedoch nach einer vermuthlich jüngeren Ansicht[269]) wegen Unfähigkeit oder Uebervortheilung übergangen werden kann, so dass unter Umständen der jüngste Bruder oder ein Seitenverwandter die Leitung und damit auch die Fürsorge für alle Hausgenossen übernimmt. Während das Sūtrarecht wahrscheinlich nur eine Fortsetzung in der ersten Generation kannte, weist das spätere indische Recht und in seltenen Fällen auch das heutige Recht mitgliederreiche Häuser auf, die drei oder vier Generationen vereinigen, schwerlich aber über diesen die Erbberechtigung abschliessenden vierten Grad der durch die Todtenopfer verbundenen Sapindafamilie hinausgehen[270]).

Der Hausvater ist der richtigen Ansicht nach zur Theilung nicht verpflichtet, dagegen kann bei seinem Tode jedes Mitglied Theilung verlangen, und zwar nach der herrschenden Ansicht selbst wenn die Mutter noch lebt[271]). Nach vollzogener Theilung kann eine neue Vereinigung unter allen oder mehreren

---

[267]) Jolly S. 76 (Brihaspati 25, 6). So auch im modernen indischen Recht; Hearn S. 177: „The joint Undivided Family of Modern Indian law is described by the judical Committee of the Privy Council as ‚joint in food, worship and estate‘. Its members have a common worship, a common meal and a common purse.“ Als Zusammenwohnende heissen sie auch kulya (Jolly S. 77 u. oben N. 261 a. E.).

[267a]) Jolly S. 79.

[268]) Hearn S. 177. Jolly S. 77 u. 79 (Gautama 28, 3; Āpastamba 2, 14, 6; Manu IX, 105—110; Mahābhārata 13, 105, 17).

[269]) Baudhāyana 2, 3, 13; Nārada 13, 5 (Jolly S. 77 u. 79).

[270]) Leist I S. 270 u. 505. Jolly S. 77 u. 80. Nach Letzterem ist die Grenze bestritten, sie war bald enger, bald weiter gesteckt.

[271]) Vgl. über diese Streitfragen Jolly S. 81 u. 82.

Abgetheilten erfolgen; die Wiedervereinigten heissen samsrishtin oder samsrishta[271a]). Dieses samsrishtatva, d. h. das Zusammenleben von Verwandten nach erfolgter Erbtheilung — Jolly und Leist nennen es Reunion[272]) — gemahnt an das rafrarachement der welschen Schweiz. Der Haushaltungsvorstand wird in diesem Fall nicht durch die Erstgeburt, sondern durch Wahl bestimmt; heutzutage kommt die Reunion nur noch selten vor[272a]).

Ursprünglich konnte kein Mitglied über seinen Antheil verfügen, doch wurde im grössten Theil Indiens später jeder Genosse zur Veräusserung seines Antheils zugelassen. Ursprünglich bestand allgemeine Gütergemeinschaft[273]), frühzeitig wurde jedoch Erwerb von Sondervermögen an Mitgift, Schenkung und durch besondere Thätigkeit (Wissenschaft, Kriegsbeute) gestattet, sofern solcher Erwerb nicht auf Kosten des Familienvermögens gemacht wurde[274]). Auch die Reunion ist nach der richtigeren Ansicht nicht bloss Fahrniss-, sondern allgemeine Gütergemeinschaft[274a]).

Der grihin kann bei Unfähigkeit abgesetzt werden[275]). Neben dem grihin (pati) steht die in ihrem häuslichen Kreise

---

271a) Jolly S. 89. Manu IX, 210, 212, 216 (Strehly S. 288); Yājnavalkya II 138 (deutsch von Stenzler, 1849, S. 65); Gautama 28, 28; Vishnu V, 17; Brihaspati 25, 76. — Nach der Auskunft des Herrn Prof. Kaegi ist samsrishtas das Particip. pass. von sam-sarj, vereinigen. — Jolly, outlines S. 195.

272) Leist, j. gentium S. 60 u. 414 ff.; j. civile I S. 500. Jolly, outlines S. 195 ff. u, 223 ff.

272a) Jolly, Recht, S. 77 u. 88. Outlines S. 224.

273) Āpastamba, Baudhāyana, Nārada 13, 38 (bei Jolly S. 76).

274) Manu IX, 208: L. Cremazy in der Nouv. Rev. hist. de dr. fr. et. étrang., 1879, S. 353. Vasistha, Vishnu 17, 1; Yājnavalkya 2, 114 bei Jolly S. 77. Outlines p. 94 ff. Kohler Z. VIII S. 121 und Autorrecht S. 103.

274a) Jolly S. 88 u. 89.

275) Post I S. 137 N. 1; Jolly S. 78. Kohler in dieser Ztschr. VIII S. 121.

unbedingt herrschende Hausfrau (grihinī, patnī[276]). Leist behauptet, dass dem Hausherrn von uralter Zeit her eine Art Familienrath, dem auch Familienpolizei zukam, das Trauer- und Freuden-Çrāddha, zur Seite gestanden habe; das ist mindestens im Ausdruck verfehlt[277]. Die joint family konnte auch Nichtblutsverwandte in sich aufnehmen[278].

Lässige, aber arbeitsfähige Mitglieder können gegen eine kleine Abfindung zum Austritt aus der Familie gezwungen werden[279]. Das gegenseitige Accrescenzrecht für den Fall sohnlosen Absterbens der Reunionsglieder ist quellenmässig bezeugt[280].

§ 11.

Eranier, Armenier, Kelten.

Auch bei den den Indern so nahe verwandten eranischen Völkern, die noch jetzt unter einer Geschlechterverfassung leben[281], scheint gleichfalls Hausgenossenschaft bestanden zu haben[282], doch hat wohl das die Erbtheilung so sehr begünstigende moslemische Recht[283] das Institut dort zurück-

---

276) Jolly S. 78. Leist I S. 74 ff. spricht stets von patnī.

277) Leist, j. gent. I S. 205 ff.; j. civ. I S. 48, 263; besonders II S. 382. Jolly behandelt S. 153 u. 154 mit Recht die çrāddha nur als Opfer; vgl. auch Jolly, outlines S. 82, 168—170.

278) Post I S. 101 N. 2, 127 N. 2.

279) Jolly S. 79.

280) Gautama 28, 28; Manu 9, 211 u. 212; Yājnavalkya 2, 138; Vishnu 2, 138, Brihaspati 25, 76 bei Jolly S. 89. Outlines S. 195 u. 224; Leist, j. gent. S. 418 N. 4.

281) Post, Aufgaben S. 153 und Anfänge S. 108 u. 114 (Afghanen), Bausteine II S. 13, 14 (Belutschen).

282) Vgl. Dewas S. 179, 180; Leist I S. 42—50.

283) Vgl. Tornauw in dieser Zeitschr. V S. 174 ff.; vgl. auch S. 129: „Im Gegensatz zu diesen Rechten der Römer, Germanen, Slaven hat der Islam den Schwerpunkt seiner neuen gesellschaftlichen Welt... weder in den Stamm noch in die Familie, sondern in das Individuum verlegt.“ Vgl. auch oben N. 265.

gedrängt. Immerhin findet sich noch heute die Hausgemeinschaft bei den Osseten des Kaukasus in scharf ausgeprägter Gestalt mit vollständiger Mobiliar- und Immobiliargemeinschaft [284]).

Ueber die armenische fortgesetzte Familiengemeinschaft berichtet Leist [285]) auf Grund einer Auskunft des Armeniers Barchudarian. Danach bildet das Haus noch jetzt eine auch durch die Heirath der Söhne nicht gelöste Genossenschaft, die bis zu fast 50 verheiratheten Enkeln bewahrt wird. Die Herrschaft steht dem Vater oder ältesten Sohne zu; was die Söhne zu Haus oder auch auswärts erwerben, kommt in die gemeinsame Kasse; daher der Reichthum der armenischen Familie. Von der indischen joint family unterscheidet die armenische sich jedoch immerhin durch die keinen Widerspruch duldende absoluteste Herrschaft des Hausvaters, durch des Zurücktreten der Hausmutter, anscheinend auch durch die Unzulässigkeit des Sonderguts [286]).

Bei den Kelten entspricht die irische sept des Brehon-Law [287]) im Wesentlichen der indischen joint family, nur entbehrt sie ganz des Ahnenkults und pflegt mehr successiven Generationen Stand zu halten, als dies in Indien der

---

[284]) Post, Aufgaben S. 126; Grundriss II S. 722 und der von ihm citirte Kovalewsky, coutume contemp. et loi ancienne. Droit coutumier Ossétien éclairé par l'histoire comparée, 1893, S. 41 ff. Bücher, Zusatz zu Laveleye S. 416. Kohler Z. VII S. 394.

[285]) Leist I S. 497 ff., 505. Jus. gent. S. 49. Wappäus, Asien, S. 481. Kohler in dieser Ztschr. VII S. 394 a. E.

[286]) Leist geht daher doch wohl im Ausdruck (des Vordersatzes) zu weit, wenn er S. 500 behauptet: „Die armenische Familiengenossenschaft ist so gleichartig der, die wir bei den Hindus finden, dass das Hervorgehen beider aus derselben Quelle wohl schwerlich bestritten werden wird.“

[287]) Vgl. über dieselbe Post, Aufgaben S. 87 ff.; Leist I S. 462 ff. und die von ihm citirten Werke von Maine, Ancient laws of Ireland, 1873, III S. 311 ff.; IV S. 283 ff. und Early history of Institutions, 4 Ed., 1885, p. 14, 30 ff.

Fall ist[288]. Der Nachfolger des Familienoberhaupts (canfinny) wird aus der ganzen Genossenschaft gewählt[289]; er geniesst eine so grosse Autorität, dass man sie mit dem Rechte der Feudalherrn verglichen hat[290]. Beim Tode eines Septgenossen gelangt sein Nachlass nicht an die Söhne, vielmehr veranstaltet „le canfinny ou chef del sept“ unter Zusammenwerfung aller vertheilten Antheile in der Versammlung des ganzen Sept eine neue Theilung aller Ländereien unter alle Mitglieder des sept nach ihrem Alter „al chascun del sept solonque son antiquity“[291].

§ 12.

Griechen und Römer.

Bei den Griechen bestand ursprünglich wohl Familieneigenthum[292]. Das homerische Familienrecht scheint sogar das Ueberwiegen von Gesammtfamilien vorauszusetzen; alle Familienmitglieder (ὁμόκαποι oder ὁμοσίπυοι) standen unter der Leitung und Regierung des ältesten Bruders der ältesten Linie, der den Namen des Heerdbewahrers (ἑστιοπάμων) führte; Theilungen unter Kindern waren nur Ausnahmen[293]. Obwohl nun im Laufe der Zeit die Theilungsklage (δίκη εἰς δατητῶν αἵρεσιν) fast aller Orten statthaft wurde, blieben, wie aus

---

[288]) Maine, p. 185, abgedruckt auch bei Leist I S. 476, 505 ff. Vgl. auch Post I S. 126 N. 4, 129 N. 1 u. 217 N. 3; Laveleye S. 488 ff.

[289]) Post S. 135 N. 1; vgl. auch S. 217 N. 3; Viollet, memoire sur la tanistry. Extr. des mém. de l'acad. des inscript. et belles lettres XXXII 2 part. Paris 1891, p. 6. 278. Vgl. auch Viollet, précis S. 706.

[290]) Laveleye S. 413.

[291]) Davis, Reports: Le irish custome de Gavelkind, 1603, bei Maine a. a. O. und Laveleye S. 413. Brentano S. 17 bezieht diese Vertheilung nicht auf den Tod eines jeden Septmitglieds, sondern auf den Tod eines Septhauptes.

[292]) Beauchet, Droit privé de la république Athénienne, 1897, III S. 63, 65.

[293]) Dewas S. 45 und den von ihm citirten Jannet Sparte p. 88.

Aeschines und Demosthenes ersichtlich, die Brüder nicht nur in Sparta[294]), sondern auch in Athen, Delphi und anderwärts sehr häufig in der ungetheilten Erbschaft; diese Gemeinschaft (κοινωνικά, κληρονομία) wurde oft selbst dann aufrecht erhalten, wenn Einzelne von den Erben fortzogen[295]).

Aus den Institutionen Justinians[296]) ist übrigens zu ersehen, dass den Griechen unter dem Namen κοινοπραξία eine allgemeine Gütergemeinschaft bekannt war, die anscheinend auch unter Nichterben eingegangen werden konnte.

Rom. Wenngleich die Erbtheilungsklage bereits durch die XII Tafelgesetzgebung bezeugt ist, so setzten doch auch in Rom die Miterben, insbesondere die Geschwister, häufig die Gemeinschaft fort. Diese Brudergemeinschaft, die die Möglichkeit der Fortführung durch eine Reihe von Generationen in sich trägt[297]), führte den Namen consortium oder nach Gellius: ercto non cito[298]); Gellius bezeichnet diese

---

[294]) Leist j. civ. I S. 500 N. 4. In Sparta untersagte die Verfassung eine Theilung der Güter. Leist, Zur Geschichte der röm. societas, Jena 1881, S. 20; Hermann II 4, Griech. Privatalterthümer § 63. Staatsalterthümer § 119 N. 6 u. 11. Ueber die Erbtheilungsklage vgl. auch Leist, Graeco-italische Rechtsgesch., 1884, S. 93 ff. u. 495 ff.

[295]) Beauchet III S. 638. Vgl. über die Oikos-Koinonie der Griechen im Allgemeinen Leist I S. 81, 500; vgl. auch Caillemer, Sur le droit de succession à Athènes, Revue de législation, 1874, I § 6 und etwa noch Hearn S. 179, der auch an die συσσιτίαι und an Aristoteles Politik V, 6 ff. erinnert. Vgl. Hermann II Rechtsalterthümer, 3. Aufl., 1889 (Thalheim), S. 96.

[296]) J. III 25 pr. Societatem coire solemus aut totorum bonorum (quam Graeci specialiter κοινοπραξίαν) appellant aut unius alicujus negotiationis.

[297]) Leist I S. 74.

[298]) Aul. Gellius, Noctes Atticae I, 9, 12 edit. Hertz p. 68: Quod quisque familiae pecuniaeque habebat, in medium dabat et coibatur societas inseparabilis tamquam fuit illud antiquum consortium quod jure atque verbo Romano appellabatur ercto non cito. Vgl. auch Bruns, fontes p. 297: Servius in Aeneidem, VIII, 642. Herctum kommt nach Leist, Zur Gesch. der röm. societas S. 22, von der Wurzel

Gemeinschaft geradezu als inseparabilis, doch scheint die Theilung nur factisch, nicht rechtlich ausgeschlossen gewesen zu sein[299]. Es begegnen denn auch bei Schriftstellern und Dichtern zahlreiche Beispiele von zwei oder drei die ungetheilte Hausgenossenschaft fortsetzenden Brüdern (fratres consortes); ja nach dem Zeugniss des Valerius Maximus und Plutarch lebten die 16 Aelii unter einem Dach[300]; auch in den Pandekten sprechen eine ganze Reihe Stellen vom Bruder-Consortium[301]. Es ist streitig, ob das consortium aus einer gesetzlichen Obligation, in der ungetheilten Erbschaft zu bleiben, oder aus dem freien Willen der Miterben hervorgegangen ist[302]; für die älteste Zeit dürfte wohl die erste, für die

---

ghar (greifen, nehmen, fassen), so dass herctum das von den Erben in Besitz Genommene bedeutet, citum das in Bewegung Gesetzte, Auseinandergenommene, Getheilte. Mit sprachlich unverstandenem Ausdruck habe man dann das Ungetheilte inerctum statt incitum genannt und die Theilungsklage nicht actio familiae ciendae, sondern familiae herciscundae genannt. Auch Paulus Diaconus 110 erklärte inercta durch indivisa. Hearn S. 180: „Probable that the expression Joint Undivided Family is a sufficient accurate translation of the old Roman familia ercta non cita.“ Zu Gunsten der Hausgemeinschaft im ältesten Rom vgl. die Bemerkungen von Dewas S. 28.

299) Leist, zur Gesch. der röm. societas S. 22.

300) Valerius Maximus IV, 4, 8: Sex decim Aelii fuerunt quibus una domuncula erat et unus in agro Veiente fundus. Plutarch, Paulus Aemil. 57. Zahlreiche andere Beispiele geben Ch. Poisnel, Recherches sur les sociétés universelles chez les Romains in der Nouv. Rev. hist. de dr. frç. et étr. III, 1879, S. 450 N. 1 und P. F. Girard, Manuel de dr. rom. p. 557 N. 1; vgl. auch p. 867 N. 1.

301) Z. B. l. 27 pr. D. III, 5; l. 39 § 3 D. X, 2; l. 52 §§ 6 u. 8 D. XVII, 2; l. 47 § 6 D. XXVI, 7; l. 31 § 4 D. XXVII, 1; l. 78 D. XXIX, 2; l. 89 § 1 D. XXXI. Diesen Stellen gegenüber ist es gewiss irrig, wenn Dewas S. 38 behauptet, dass das Gesetz in der klassischen Zeit des röm. Rechts eine längere Fortsetzung der Familiengemeinschaft unmöglich machte. Ueber colliberti vgl. l. 22 § 1, C. 47 und Beaune, Droit coutumier français. Les contrats, 1889, p. 571; consortes im Mittelalter vgl. unten bei Note 309.

302) Für die erstere Alternative Karlowa, Leg. Act. p. 143 und

spätere die letzte Alternative berechtigt sein[303]). Das fraternum consortium ist sehr wahrscheinlich das typische Vorbild der societas omnium bonorum und vielleicht des Gesellschaftsvertrags überhaupt geworden[304]).

§ 13.

Westgermanen.

Die schweizerischen Gemeinderschaften sind keineswegs die einzigen Zeugnisse dafür, dass die Hausgemeinschaft auch bei den Germanen in Uebung stand. Wir finden sie vielmehr als ein pangermanisches Institut bei Ost- und Westgermanen[304a]), sowohl bei den Skandinaviern und Burgundern, wie bei den Alamannen und Bayern, Franken und Friesen, Sachsen und Langobarden.

a) Was die Langobarden anbetrifft, so spricht schon das Edict Rothars vom Jahre 643, bekanntlich „die hervorragendste legislative Schöpfung aus der Zeit der Volksrechte“, in dem vielerwähnten[305]) C. 167 von den „fratres qui post

---

Cuq, Instit. I p. 86, 289; für die letztere Pernice, Z. der Savigny Stiftung III S. 71 ff. und Girard S. 557 N. 3.

[303]) Vgl. auch Lastig in Z. f. H.R. XXIV S. 427 ff. „Neben dies consortium (unter sui heredes) tritt ein consortium voluntarium, seitdem der Erblasser ausser den filii familias als heredes sui oder necessarii auch die emancipati als heredes voluntarii durch Testament berufen kann.“ Cicero de officiis I, 17: Prima societas in ipso conjugio est; proxime in liberis; deinde una domus, communia omnia.

[304]) Dass die societes omnium bonorum aus dem erbrechtlichen consortium hervorgegangen, bestreitet allerdings Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II S. 652, vgl. jedoch Leist, z. Gesch. d. soc. S. 23, Pernice, Labeo I S. 395 u. 443 ff., Lastig a. a. O., Rivier, Précis du droit de famille romain, 1891, p. 15, Girard a. a. O.

[304a]) Bezüglich dieser Eintheilung vgl. Schröder, D. R.-Gesch. S. 10. N. 3. — Ueber die Burgunder vgl. oben §§ 3—5 u. 7, unten § 16, Viollet, précis de l'hist. du dr. français. S. 469, 702, Huber IV S. 243 ff., 361 N. 35 und passim. — Ueber die Skandinavier vgl. unten § 15.

[305]) Maurer IV S. 287; Heusler I S. 229; Max Huber S. 7 N. 2,

mortem patris in casam communem remanserint," ja hier ist bereits die Möglichkeit des Erwerbs von Sondergut durch Kriegsdienst und Kriegsbeute und Geschenke anerkannt. Dasselbe Edict erwähnt in C. 362 der vielumstrittenen[306]) gamahali, i. e. confabulati, in denen man nicht Verschwägerte, sondern mit Brunner und Pappenheim[307]) ein künstlich geschaffenes Bruderschaftsverhältniss zu gegenseitiger Sicherung und Eideshülfe zu sehen hat, und die vielleicht auch wie Brüder in Haus- und Gütergemeinschaft[308]) gestanden haben.

Auch im späteren Mittelalter bis zum 13. Jahrhundert begegnen in allen italienischen Gebieten unter dem Namen (fratres, consortes, consortifices, parentes et consortes) Vereinigungen mit ungetheiltem Eigenthum und engen familienrechtlichen Beziehungen[309]). Zum Theil sind diese Communionen vertragsmässig begründet, sie zeigen eine

---

64 u. 65; v. Amira, Grundriss des german. Rechts, 2. Aufl., 1897, S. 122; Bluhme in Z. f. R.G. XI S. 379; Fitting, Castrense peculium S. 493 ff.; Brunner I S. 78; F. G. A. Schmidt in Gierke's Untersuchungen XV S. 39 ff.

[306]) Gengler, German. Rechtdenkmäler S. 545 N. 10 und die dort Citirten: Gemeiner, Ueber Eideshülfe, S. 20 ff.; Bluhme, Ind. et. Gloss. in Leg. Langsb. p. 671 a; Zorn, Beweisverfahren S. 27 N. 30; Zöpfl, Rechtsgeschichte III S. 8 N. 13, sowie Cosack, Die Eidhelfer des Beklagten, 1885, S. 18 N. 39; Brunner, R.G. II S. 379 N. 12 und S. 382; Amira, Grundriss S. 116: Vertragsgenossen.

[307]) Pappenheim, Die altdänischen Schutzgilden S. 422, 423 N. 1. Goldschmidt in Ztschr. f. H.R. XXXV S. 347 N. 176.

[308]) Auch Gemeiner S. 21 spielt auf Schwurvereine und Gastmähler an. Cosack a. a. O. Vgl. auch noch Amira S. 115 ff.: „Unwesentlich dagegen, wenn auch oftmals zur Befestigung des Bündnisses verabredet, war Gutsgemeinschaft unter den Contrahenten." Die Wahlbrüderschaft führte übrigens auch bei zahlreichen ungermanischen Völkern zu Güter- und Frauengemeinschaft und gegenseitigem Erbrecht, so als Fatodra in Madagascar, so in Polynesien, Melanesien, bei den Kimbunda, den Timoresen, den Ratackern, auch den alten Armeniern. Vgl. Kohler in dieser Ztschr. V S. 434 ff. u. XII S. 392 u. 449; in Grünhut's Ztschr. XIX S. 565; Post I S. 95 N. 2; Studien S. 33; Afrik. Jurispr. I S. 39. Goldschmidt a. a. O. S. 350.

[309]) Tamassia, G. L'affratellamento, 1886, S. 42 und der von ihm

völlige Nachbildung der Geschwistergemeinschaft. Die Beweise reichen bis zu der berühmten Urkunde von Farfa vom Jahre 754 zurück[310]), in der, wie Brunner nachgewiesen, auch der Name affratare (anbrüdern) als die älteste Bezeichnung des germanischen Gesellschaftsvertrags zwar nicht für ein kaufmännisches, wohl aber für ein landwirthschaftliches Societätsverhältniss überliefert ist[311]). Hausgemeinschaften haben sich in der Lombardei zwischen Mincio und Tessin besonders bei der colonia partiaria (mezzerie o mezzadria, métayage) bis in die Gegenwart hinein erhalten[312]); sie bestehen gewöhnlich aus vier oder fünf Hausständen, welche in grossen Hofgebäuden gemeinschaftlich leben; das Oberhaupt (reggitore) verfügt nur nach Befragung der Genossen; neben dem reggitore steht mit Autorität für die häuslichen Angelegenheiten die massara; der völlige Untergang dieser Genossenschaft über kurz oder lang ist prophezeit.

---

citirte Salvioli, consortes e colliberti secondo il diritto lang. franco, 1883, S. 4. Vgl. auch Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgesch. Italiens IV, Urkunden Nr. 2, 9, 10, 50, 68, 88, 154 u. A. m. Kohler, Beitr. zur D. Privatrechts-Gesch., 2. Heft, 1885, S. 10 N. 4 u. S. 13. (Veroneser Urk. v. 833 u. 897.)

[310]) Andere Urkunden v. 759 (Lucca), 982 (Neapel), 985 (Nocera) bei Tamassia S. 41 ff. Goldschmidt a. a. O.

[311]) Brunner, Das Registrum farfense in den Mitth. des Instituts für österr. Geschichtsforschung II S. 12 u. 13. Die Urkunde ist auch abgedruckt bei F. G. A. Schmidt, S. 5 u. 6; Pappenheim S. 422 N. 1. Ueber die Entwickelung der offenen Handelsgesellschaft (compagnia) aus der Brotgemeinschaft (Haushaltsgemeinschaft, stare ad unum panem et vinum) vgl. auch Goldschmidt, Universalgesch. des Handelsrechts I S. 272 N. 131. Lastig, a. a. O. S. 432 ff. Endemann, Studien in der rom.-kanon. Wirthsch. und Rechtslehre, 1874, I S. 358 ff.

[312]) Laveleye S. 414 erwähnt lediglich die métayage; sein Gewährsmann Stefano Jacini, La proprietà fondiaria e la popolazione agricole in Lombardia, Milano 2 Ed., 1856, S. 181 ff. (deutsch von P. Franco, 1857), hebt aber S. 182 ausdrücklich hervor, dass diese patriarchalischen Vereinigungen auch bei anderen agrarischen Vertragsverhältnissen, z. B. al fitto a grano, um Mailand und Como üblich sind. Vgl. auch unten N. 521.

b) Bei den Alamannen begegnet die Erbengemeinschaft bereits im Volksrecht[313]), sowie im späteren Mittelalter innerhalb wie ausserhalb[314]) der Grenzen der heutigen Schweiz. Auch hier findet sie sich um des oben erwähnten Fallrechts willen wieder besonders unter Gotteshausleuten. Im Schwarzwald begegnet dabei mehrfach, dass statt des ältesten das jüngste der ungetheilt im Hofe sitzenbleibenden Kinder als Vorträger bestellt wurde, eine Gewohnheit, die zur Ausbildung des Minorats führte[315]).

c) Das Volksrecht der Bayern setzt die Gemeinderschaft zwischen Vater und Söhnen voraus[316]). Bayrische Traditionsbücher bieten Dutzende von Beispielen, in denen Vater und Sohn oder Vettern oder Oheim und Neffen gemeinsam Liegenschaften vergeben oder theilen[317]). Auch das oberbayrische Landrecht König Ludwig des Bayern vom Jahre 1336 c. 117 spricht von „Kindern, Geschwistern, die ungetheilt sind von

---

[313]) L. Alam. Hloth 91. Brunner I S. 196 N. 8.

[314]) Vgl. beispielsweise Schöpflin II 7. Urkunde v. 1275, Grimm, Wsth. I S. 765 (Weissenburg) Würtemb. U. B. II Nr. 327. Citate bei Heusler I S. 230 N. 9—13; Maurer IV S. 286 N. 78, 305 N. 96, 306 N. 2.

[315]) Vgl. Grimm, Wsth. I, 345 (St. Märgen resp. Zarten 1397) und 358 ff. (Wyler, Unteribenthal); Gothein, Die Hofverfassung auf dem Schwarzwald, dargest. an der Gesch. des Gebiets von St. Peter (Z. f. d. Gesch. des Oberrheins) Bd. 40, N. F. I 1886, S. 257 ff., besonders S. 287 bis 289 u. 295. Ich verdanke die Hinweisung auf diesen Aufsatz Herrn Dr. C. Koehne. Ueber Tragerei im Allgemeinen vgl. Heusler II S. 186 ff. und Gierke II S. 204 N. 35 u. S. 953 N. 44. Accrescenzrecht der Geschwister in der Were ist auch in Freiburg i. B. anerkannt (Handfeste Art. 46, Stadtrodel Art. 29 bei Gaupp, Stadtrechte II S. 26 und 32).

[316]) Heusler I S. 229. Vgl. auch Adler, Ehel. Güterrecht und Abschichtungsrecht nach den ältesten bayrischen Rechtsquellen, 1893, S 3.

[317]) Z. B. Mon. Boica IX, 389: praedia quae sibi et patruo suo sine divisione communia erant (gegen 1140 Weihenstephan). Zahlreiche Citate bei Heusler I S. 229 N. 7 u. S. 230 N. 14, S. 231 N. 13 ff., 241 N. 4 u. 5 und bei Adler S. 17 ff., 23 N. 1, 33 N. 2.

einander", und bestimmt, dass der älteste Bruder sie in gemeinsamen Angelegenheiten zu Gewinn und Verlust vertritt[318]).

d) Nicht minder war den Franken die Erbengemeinschaft wohl bekannt. Der Herold'sche Text der Lex Salica[319]) und zahlreiche Urkunden[320]) setzen eine durch mehrere Generationen ungetheilt gebliebene Erbschaft geradezu voraus.

Unter Ludwig dem Frommen erging bekanntlich für das ganze karolingische Reich das vielumstrittene[321]) Aachener Capitular von 818 oder 819; es ergiebt sich aus Cap. 6 desselben, dass bis zu jener Zeit einseitige Verfügungen eines coheres — geanervo nach der altfränkischen Uebersetzung — aus der ungetheilten Erbschaft unstatthaft waren, eine Regel, die von Ludwig nur für den Einzelfall der Schenkung an Kirchen durch Gemeinder, die in der Grafschaft nicht anwesend waren, etwas zaghaft durchbrochen wird.

Die Sitte, im ungetheilten Gut und Haushalt zusammenzuleben, hat sich am Mittel- und Niederrhein sowie in Franken lange erhalten[322]); noch im vorigen Jahrhundert waren

---

[318]) Die Stelle ist vollständig abgedruckt bei Heusler I S. 246 N. 18 und Maurer IV S. 300 N. 68; vgl. Freyberg, Samml. histor. Schriften u. Urk. IV, 432. — Ganz übereinstimmend auch die Rechte bestätigt 1359, c. 96 ze Freising bei Freyberg V, Heft 2 S. 190 Maurer a. a. O.).

[319]) Tit. 59. Amira, Erbenfolge und Verwandtschaftsgliederung nach den altniederdeutschen Rechten, 1874, S. 58. Brunner I S. 196 N. 8. Stobbe-Lehmann, D. Pr.R. II S. 303 N. 20, vgl. auch Stobbe IV S. 204 N. 1 a. E. (Sandhaas S. 591 N. 2).

[320]) Pardessus, Dipl. II 376 Nr. 559; bei Heusler I S. 236; bei Brunner S. 196 N. 8. Dronke, Code Fuld. N. 97 (790), 159 (800), 184, 240 u. A.; bei Amira a. a. O. und Heusler S. 230 N. 13 ff.; vgl. auch II S. 315.

[321]) Boretius I, Capitul. Reg. franc. (M. G. Leg. sect. II) tom 1, S. 282. Vgl. Stobbe in Z. f. R.G. IV S. 224; Brunner, Zur Rechtsgesch. der Urk. S. 278 u. 290 N. 1, D. R.G. I S. 78 u. 196; Heusler I S. 229, 230 u. 237; II S. 71 u. 72; Schröder S. 269 u. 274 N. 83 abweichend; Adler S. 8—16. Stobbe-Lehmann II S. 461.

[322]) Vgl. Max Huber S. 11. Eine Reihe Urkunden citirt Heusler I S. 230 N. 9.

bäuerliche Gemeinschaften mit einheitlicher Vertretung in Franken verbreitet[323]).

e) Dass bei den Sachsen ursprünglich Familieneigenthum und Hausgemeinschaft bestand, dafür spricht, von sprachlichen Anzeichen im Heliand ganz abgesehen[324]), einerseits das bei ihnen bekanntlich am sichersten bezeugte Beispruchsrecht der Erben[325]), andererseits der noch im Sachsenspiegel I 17 § 1 erhaltene Ausdruck Ganerbe[326]). Auch ergiebt sich aus diesem Rechtsbuch[327]), dass namentlich Brüder „und andere Leute auf Gedeih und Verderb zusammen wirthschafteten. Nur das Eingebrachte der Frauen blieb Sondergut, und von den Schulden waren nur die durch Verspielen und Verjubeln entstandenen nicht gemeinsam. Diese Bestimmung findet sich auch wörtlich in dem Weisthum für Magdeburg von 1304 § 84, sowie im Berliner Stadtbuch, theilweise auch in den Statuten von Stade, sowie im Hamburger und Rigaer Stadtrecht[328]); sie ist im

---

[323]) Vgl. Gierke III S. 821 N. 202, auch N. 200 und die dort citirten Handlohn-Ordnungen von Eichstädt (1689) und Ansbach (1697). Ueber die französische Entwickelung vgl. unten § 16.

[324]) Vgl. Lagenpusch, Das germ. Recht im Heliand (Gierke's Unters. XLVI) S. 22, 24, 26, 27 (hîwiski, hêrîsto thes hôwskeas, gesûnfader, gibenkio). Vgl. auch Amira, Erbenfolge S. 114. Ueber Hausgemeinschaften der sächsischen Kolonisten vgl. unten N. 538.

[325]) Heusler I S. 228; Amira, Erbenfolge S. 134 u. 136; Stobbe-Lehmann II, 1 S. 458 und die dort Citirten.

[326]) Schröder S. 269 N. 60. Allerdings wirkte der sächsische Ganerbe nicht, wie der süddeutsche, bei den Verfügungen selbst mit, besass vielmehr nur das Einspruchsrecht, dagegen wurde auch sein Recht nicht, wie in Süddeutschland, durch Theilung der Güter aufgehoben. Heusler a. a. O. N. 2. Immerhin gab es von letzterem Grundsatz auch im Gebiet des sächs. Rechts Ausnahmen, wie in Quedlinburg, Soest, Bremen. Vgl. Stobbe-Lehmann S. 462 N. 21.

[327]) S. Sp. I 12. Der Artikel fehlt in der Quedlinburgensis. Vgl. Siegel, Das D. Erbrecht S. 202; Sydow, Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des S. Sp. S. 116 u. 319.

[328]) F. G. A. Schmidt a. a. O. S. 40.

Richtsteig Landrechts zu Grunde gelegt[329]); sie kehrt mit Modificationen in den Goslarer Statuten[330]) und im Rechtsbuch nach Distinctionen wieder. Das letztere bezieht sich, was bezüglich der Stelle des Sachsenspiegels bestritten ist[331]), lediglich auf Miterben. Während im Sachsenspiegel der Artikel damit anhebt: „Svar brudere oder andere lüde ir gut to samene hebbet, verhoget se dat", beginnt das R.B. nach Dist. I, 42, 1 mit den Worten: „Ab bruder or angestorben erbe mit einander haben und erhoet sich daz." Während nach dem Sachsenspiegel nur das aus dem gemeinschaftlichen Vermögen selbst durch Arbeit oder auf Kosten der Gemeinder Erworbene wieder gemeinschaftlich wird, fehlt diese Beschränkung in Goslar; es wird also auch — abgesehen vom Eingebrachten der Frau — jeder mit dem gemeinschaftlichen Vermögen an sich nicht zusammenhängende Erwerb gemeinsam, und das Rechtsbuch nach Distinctionen erklärt sogar ausdrücklich, dass nach Landrecht und Weichbildrecht auch der ausser Landes gemachte Erwerb von den Heimgekehrten vor der Erbtheilung in die Gemeinschaft einzubringen sei; die Erbengemeinschaft konnte hiernach auch unter Aufhebung des gemeinsamen Haushalts fortdauern[332]).

Das alte lübische und das verwandte Hamburger und Lüneburger Recht verwendet für Hausgemeinschaft das Wort „Were"[333]). In der Were oder, wie es später heisst, „im

---

[329]) Freilich in Vermischung mit anderen Grundsätzen; vgl. Homeyer, Richtsteig S. 161 Anmerkung zu § 4 und Sydow S. 96 N. 310.

[330]) Die Goslarischen Statuten mit einer syst. Zusammenstellung u. s. w., herausg. von O. Göschen 1840, S. 10 Z. 24—31 und dazu S. 181 u. 182.

[331]) Gegen die erbrechtliche Bedeutung der Stelle wegen der Worte „oder andere Lüde" vgl. Sachsse in Z. f. D. R. XIV S. 12 und Göschen S. 157 N. 3, 181 u. 182.

[332]) Vgl. Schmidt S. 41 u. 42, wo auch auf die Pölmann'sche Distinctionen I, 11 genauer eingegangen wird.

[333]) Pauli, Abhdl. aus dem Lüb. Recht III, 1841, S. 40 u. 88 N. 200; Beseler, D. Pr.R. I S. 638 u. 603; Hillebrand, deutsche Rechts-

Samende" sitzen die Eltern und die unabgesonderten Kinder und Enkel, nach der Eltern Tode die in ungetheilter Erbschaft verbleibenden Geschwister, aber auch von den Eltern abgesonderte Geschwister, die unter sich wieder in Gemeinschaft blieben[334]). Bezüglich dieser Hausgemeinschaften gilt auch in Lübeck und den verwandten Particularrechten[335]) der berühmte Spruch: „Was in der Were verstirbt, erbt wieder an die Were"[336]), oder wie es im lübischen Recht eigentlich heisst: Dat gudt blifft by den, de yn der were sitten"[337]).

Ganz ähnlich heisst es im alten kulmischen Recht: „Dy kynder, dy in der were besterbin, dy gehoren tzu dem erbe"[338]), und im Dithmarischen Landrecht Art. 30 § 8: „eften ... ein Kind storwe, dat mit den Olderen in samenden gesetten, so sterwet syn Gut wedder in dat samende." Derselbe Gedanke kommt in etwas krauserer Form auch in dem Sprichwort zum Ausdruck, das in der Grafschaft Hoya (Provinz Hannover) im Munde des Landvolks noch vor 60 Jahren umlief:

Wo de Spaden geit to Grave
Da blifft dat Gut bi dem Have[339]).

---

sprichwörter S. 152; Rich. Freund, Ueber den Satz: Was in der Were etc., Bresl. Diss. 1880, S. 8 u. 16 ff. N. 1.

[334]) Revid. Lüb. Recht II, 2, 6, u. III, 9, 3; Pauli S. 89; Freund S. 27 u. 38; Gierke III S. 821 N. 20; Genossenschaftstheorie S. 424 ff.

[335]) Stobbe, Gesch. der Rechtsquellen I S. 542 ff.; Freund S. 7 Note 3.

[336]) Vgl. ausser den oben Citirten Stobbe IV S. 241 u. V S. 100 N. 29 u. 122 N. 70; auch noch Beseler II S. 872. Graf u. Dietherr, D. Rechtssprichwörter S. 195 Nr. 86 u. S. 197. Vgl. auch Hillebrand, D. Rechtssprichwörter S. 152, der jedoch N. 3 irrthümlich unter den Parallelstellen auch das Landbuch von Obwalden Art. 77 mit Berufung auf Blumer I S. 515 citirt; das Landbuch von Gaster dürfte gemeint sein. Vgl. oben N. 142.

[337]) Hach, Lüb. Recht S. 474.

[338]) Leman, Das alte kulmische Recht, 1838, Buch IV N. 74.

[339]) Pauli S. 90. Freund S. 8.

Alle diese Parömien bringen das der Gemeinderschaft so charakteristische Princip der Accrescenz zum Ausdruck, das im lübischen Rechtsgebiet für die ältere Zeit als „Hauptfundament der Erwerbungen durch den Tod eines Anderen" erscheint[340]. Uebrigens begegnet unter Verwandten auch vertragsmässige allgemeine Gütergemeinschaft (zu Handelszwecken), so im Gebiete des lübischen Rechts in Rostock und Stralsund[341]; ob diese Gesellschaftsverträge Haushaltungsgemeinschaft und im Todesfalle Accrescenz zur Folge hatten, ist mir nicht bekannt.

f) Auch für das friesische[342] und angelsächsische[343] Recht dürfte ursprüngliche Hausgemeinschaft zwischen Eltern, Kindern und Geschwistern anzunehmen sein. Diesem engeren Familienkreis gehörte ursprünglich wohl das Hausvermögen zur gesammten Hand. Unter Geschwistern stand bei den Friesen die Vertretung dem ältesten Bruder zu. Dass in der friesischen Hausgenossenschaft das Accrescenzprincip galt, bestätigt die Parömie:

„Steruat tha bern, sa lewas thet goud uppa thene hert." (Stirbt das Kind, so lässt es das Gut auf dem Heerd[344]).

§ 14.

Skandinavier.

a) Bei den Dänen trat ursprünglich für alle Personen, welche dieselbe Haushaltung (flet) vereinigte, ohne Rücksicht auf

---

340) Pauli S. 130.

341) Schmidt S. 43.

342) Amira, Erbenfolge S. 179, 181, 186, 196, 199—201. Stobbe IV S. 204 N. 1.

343) A. a. O. S. 105, 108 u. 212.

344) Graf u. Dietherr S. 195 Nr. 89 citirt hierzu Richthofen, S. 330 Note; in den Fries. Rechtsquellen, Berlin 1840, ist das Citat jedoch S. 330 nicht zu finden. — Bezüglich der ungetheilten Erbengemeinschaft zur ges. Hand im späteren friesischen Recht vgl. auch Gierke III S. 821 N. 200 (Ostfries. L.R. II c. 68 ff. u. 125 und Butjadinger L.R. v. 1664 Art. 70 ff.).

Blutsverwandtschaft allgemeine Gütergemeinschaft (faelugh) ein, von der nur das Erbeigen (Stammgut) ausgenommen war[345]. Schwiegerkinder wurden durch blosses Zusammensitzen in der Wirthschaft nach Jahr und Tag vollberechtigte Theilnehmer[346]; jedem Mitgliede wurde ein ideeller und mangels entgegenstehenden Gedings gleicher Antheil (lot) zugeschrieben, doch hatte anscheinend wohl nur das Haupt der Haushaltung (Vater, Grossvater, Schwiegervater) die Verfügungsmacht[347]. Nach einigen Rechten, die wohl die jüngere Stufe der Rechtsentwickelung darstellen, (denen aber das Jydske Lov sich nicht anschliesst), konnte bei Lebzeiten der Eltern selbst der Sohn im Falle seiner Verheirathung seine Quote fordern[348], während die Höhe der Abfindung wohl ursprünglich im Belieben des Vaters stand[349]. Die aus der Gemeinschaft Abgesonderten (utarvae) erben ursprünglich gar nicht mit[350], während ihnen später das Erbrecht zwar gegen die Ascendenten (unter Collationspflicht) zugestanden ist[351], dagegen gegenüber den unabgesonderten Geschwistern versagt bleibt. Dieser Ausschluss der utarvae vom Nachlass der noch in der Were befindlichen, die als nie vorhanden gewesen angesehen werden, gelangt zum Ausdruck in dem Satz: „Kein

---

345) Vgl. Homeyer's Bemerkung zu Kolderup-Rosenvinge's Grundriss der dänischen Rechtsgeschichte, 1825, § 50 Note f, S. 78. — Fèlag ist sprachlich „ein rechtlich geordnetes Gemeinschaftsverhältniss in Bezug auf Gut". Pappenheim in Z. f. H.R., 36 S. 99. Homeyer schreibt faelugh. Vgl. auch v. Brunneck, Siciliens mittelalterliche Stadtrechte, 1881, S. 13.

346) Kolderup S. 77 d. Sog. Erich's Seeländisches Gesetz I, 11.

347) A. a. O. S. 26 bei Note d.

348) Homeyer, Bemerkung S. 79. Das jütische Gesetz spricht dagegen den Kindern alles Recht am Vermögen der lebenden Eltern ab; Kolderup S. 189 u. 190.

349) Kolderup, S. 27 Note f: Schonisches Recht I S. 17.

350) A. a. O. S. 30.

351) A. a. O. S. 80 u. 82 Note g.

Auserbe beerbt ein Kind in des Vaters Kammer"[352]). Ein allgemeines Accrescenzrecht bloss um der Gemeinschaft willen scheint aber nicht bestanden zu haben[353]).

Das jütländische Recht kennt im Gegensatz zu den früheren Gesetzen keine nothwendige oder gesetzlich vermuthete Gemeinschaft zwischen Hausgenossen mehr, sondern verlangt dafür eine ausdrückliche Uebereinkunft; eine Ausnahme besteht, von Eheleuten abgesehen, für Geschwister und Geschwisterkinder insofern, als die Kinder des ältesten Bruders, der während seiner Vormundschaft über die jüngeren sich verheirathet hat, mit den mündig gewordenen jüngeren Brüdern ihres Vaters stillschweigend in Gemeinschaft treten[354]).

Vermuthlich ist auf den Einfluss des dänischen Reichs die eigenthümliche Gütergemeinschaft zwischen Eltern und Kindern im rugianischen Landgebrauch und in den sicilianischen Stadtrechten mit zurückzuführen[354a]).

b) Im altnorwegischen und isländischen Recht begegnet unter dem Namen félag[355]) die Vermögensgemeinschaft unter Ehegatten, unter Eltern und Kindern, unter Geschwistern als Erben des Vaters[356]), sowie unter

---

[352]) Kolderup S. 85 Note f. sog. Waldemar's Seeländisches Gesetz I, 1—3; Schonisches Rechtsbuch I, 20; Andr. Sunesson, Lex provinc. Scaniae I, 11. Arvebog 3, 207. Vgl. auch Graf u. Dietherr a. a. O. Nr. 90.

[353]) Pappenheim, Die altdänischen Schutzgilden S. 84; Z. f. H.R., 36 S. 117 u. 118, auch S. 103.

[354]) Kolderup S. 202 Note b (Jydske Law I c. 6 § 6 c. 19). Vgl. auch Falck, Das jütsche Low, 1819, S. 40 Note u. S. 51 N. 1.

[354a]) Vgl. Schröder, Gesch. des ehel. Güterrechts II Abth. 3 S. 303 u. 415; v. Brunneck a. a. O. S. 19; Gierke, Gen. Theorie S. 369 und Goldschmidt in Ztschr. f. H.R. XXXV S. 350 N. 186.

[355]) Ueber das Sprachliche vgl. v. Amira, Nordgerman. Oblig. Recht II, 1895, S. 808; Pappenheim, Z. f. H.R., 36 S. 99.

[356]) Pappenheim, Z. f. H. R., 36 S. 92 u. 121; Amira II S. 811 bei Note 13).

Blutsbrüdern[357]) und unter Heerfahrts-, Reise- und Handelsgenossen[358]). Begründet wurde das félag in der Regel durch Zusammenlegen von Geld und Gut, doch gab es auch Ausnahmen, wo die Gutsgemeinschaft auch ohne Einlagen zu Stande kam[359]); auch wurde nicht Gemeinschaft aller Habe gefordert, Errungenschaftsgemeinschaft genügte. Ein eigentliches Accrescenzrecht der félager (unter Ausschluss der Blutsverwandten) bestand anscheinend nicht; das isländische Recht erklärt indess ein félag für nichtig, wenn es zu dem Zweck abgeschlossen war, um den Contrahenten unter Benachtheilung Dritter ein gegenseitiges Erbrecht zu verschaffen[360]). Dagegen hatten die félager, sofern kein Blutsverwandter sich zu dem Nachlass meldete, ein subsidiäres (in Norwegen übrigens beschränktes) gegenseitiges Erbrecht[361]). Aehnlich wie bei dem Schweizer Besthaupt wurden auch in Norwegen und Island die in ungetheilter Erbschaft sitzenden Verwandten zu den öffentlichen Abgaben und Diensten nicht sämmtlich herangezogen; vielmehr war nur Einer von ihnen und principiell nicht mehr als ein Einziger zur Leistung verpflichtet, während vor ihrem Zusammentritt oder nach ihrer Trennung Jeder den gleichen Betrag für sich allein zu leisten

---

357) Pappenheim a. a. O. S. 116 u. 121 und Dänische Schutzgilden S. 41, 44, 83 u. 84. In der Gullthoris-Saga betrug die Zahl der Blutsbrüder sogar zehn Männer. Der pecuniäre Schaden wurde von ihnen gemeinsam getragen. Ein Haupt der Blutsbrüderschaft zur Leitung kommt wenigstens in der Saga vor (S. 46). Vgl. auch oben bei Note 308.

358) Amira II S. 809, 817 ff. Pappenheim Z. 36, S. 85 ff., 99, 108, 121. Vgl. auch Goldschmidt in Ztschr. f. H.R. 35 S. 344.

359) Amira II S. 809. Ueber des hjáfélag (Beigütergemeinschaft, Commenda mit einseitiger Capitalbetheiligung) a. a. O. S. 821; Pappenheim Z. S. 96, 109, 113.

360) Amira II S. 810. Vgl. auch Pappenheim, Schutzgilden S. 83 und 84; Z. 36, S. 103 N. 26, S. 115 N. 57.

361) Pappenheim, Z. 36 S. 101 ff., 114, 117 N. 64 u. S. 118. Amira a. a. O. Note 4.

hatte[362]). Auch hier scheint man sich an den Aeltesten gehalten zu haben; „wenigstens wurden nach der Grágás gemeinschaftlich erbende Geschwister mit einander in der Person des Aeltesten unter ihnen auf die ungetheilte Schuld in Anspruch genommen[363])“. „Als sichtbares Kennzeichen des Zusammenlebens gelten die gemeinsame Feuerstelle (afl) oder das gemeinsame Speisen (motuneyti[364]) oder der gemeinsame Haushalt und Tisch (búnatr ok bord) oder das Wohnen innerhalb gemeinsamen Zauns (búa samtynis[365])“.

Eine Abart des félag war das zum Betriebe einer Bauernwirthschaft (bú) für gemeinsame Rechnung vertragsmässig geschlossene búlag oder bufélag. Auch mit dieser war wohl meist Hausgemeinschaft verbunden, sei es schon ursprünglich, wenn Eltern und Kinder oder Geschwister einen búlag eingingen, sei es, dass Einer der Gesellschafter seine Wohnung zum Andern verlegt; doch konnten immerhin die Wohnorte bei dieser Art des félag getrennt bleiben. An der Führung des Haushalts (búrát) war beim Mangel entgegenstehender Abrede, soweit es sich nicht um die Ehefrau handelt, jeder Genosse betheiligt. Oeffentliche Lasten tragen die Genossen zu gesammter Hand; für Schulden aus der Gemeinwirthschaft kam der Einzelne nach Verhältniss seines vertragsmässigen Geschäftsantheils auf[366]).

---

362) So Amira II S. 213. Ueber Gesammthaft der Hausgenossen im Allgemeinen vgl. auch Lastig in Z. f. H.R. 24 S. 445.

363) A. a. O. S. 207 u. 218 (Grágás 1 b 147).

364) Ueber die vom félag mit Einlagen (in der Grágás) noch unterschiedene blosse Speisegemeinschaft vgl. a. a. O. S. 212 N. 4 und Pappenheim, Z. 36 S. 117 N. 64. Derselbe, Schutzgilden S. 383 unter Citirung von Grimm, Kleine Schriften VI S. 65: „Es ist ein uralter Ausdruck für Gemeinschaft und Nachbarschaft, dass Menschen zusammen am Tische sitzen und Brot essen.“ Vgl. auch unten N. 514.

365) So Amira II S. 212.

366) Amira II S. 811 u. 812, auch 213 u. 882.

Unter dem Namen gaard sollen Gemeinderschaften noch heute in Norwegen bestehen[367]).

c) Auch im schwedischen Recht bestand gesetzliche Hauscommunion[368]) unter Eltern und ihren nicht abgeschichteten Kindern, sowie unter Geschwistern. Der Anspruch auf Theilung stand den Miterben unbedingt, den Kindern gegen die Eltern nur unter gewissen Voraussetzungen zu[369]). Solange sie um „Tisch und Tuch", um „Asche und Tisch" unabgetheilt (saman) sind, sitzen sie auf Gedeih und Verderb; wahrscheinlich wurden auch die Geschwister durch Einen aus ihrer Mitte vertreten. Wie in Norwegen und beim Schweizer Fall leisten auch die schwedischen Gemeinder, solange Gemeinsamkeit des Mahls besteht, alle zusammen nur eine gesetzliche Abgabe (Vieh- und Saatsteuer), auch wurden sie durch den Heerdienst eines von ihnen sämmtlich liberirt; erst mit der Scheidung „in Malzeit und Mal" mit der Aufgabe der gemeinsamen Küche trat die Leistungspflicht für Jeden ein[370]). Jeder Bruder konnte nach des Vaters Tode die Theilung verlangen, obschon nach einer fast sprichwörtlichen Redensart „beisammen Brudergut das Beste ist[371])".

Auch das schwedische Recht kennt die Ausdrücke faelagh und bólagh, nur werden sie in etwas anderem Sinne als in Norwegen verwendet. Faelagh wird wenigstens im jüngeren

---

[367]) Beaune, Droit coutumier français. Les contrats, 1889, S. 576 N. 1.

[368]) Amira I S. 675.

[369]) A. a. O. I S. 599 ff. u. 735. Zu allgemein behauptet Viollet, précis de l'hist. du dr. frç., 1886, S. 702, dass auf der Insel Gothland die zwangsweise Theilung zwischen Vater und Söhnen verboten gewesen sei; vgl. die Ausnahmen bei Amira a. a. O.

[370]) A. a. O. I S. 186 u. 187.

[371]) Hearn S. 176 citirt für das Sprichwort: „it is good to brethren to dwell together" Geijer, Schwed. Gesch. I, S. 83. In Uplandslagen Aerfthae b 11 § 2 bei Amira I S. 93 wehrt der Bruder die Theilungsklage vergeblich mit dem parömieartig klingenden Grunde ab: „weil beisammen Brudergut das Beste ist."

westgötischen Recht für die vertragsmässige Hauscommunion gebraucht, welche von den Verwandten unmündiger Kinder in deren Namen in gewissen Fällen (besonders bei Wiederverheirathung der Mutter) mit der Mutter oder einem sog. Haushalter abgeschlossen wird[372]. Bólagh im weiteren Sinne ist Hauscommunion, Gutsgesellschaft zwischen Eltern und Kindern schlechthin; bólagh im engeren Sinne dagegen ausserhalb Westgötlands die vertragsmässige Gutsgesellschaft zwischen dem Eigenthümer eines Bauernguts und seinem Verwalter oder Geschäftsführer (bryti) auf gemeinsame Rechnung[373]. Die Auflösung des bólagh kann nach Ablauf von Jahr und Tag von keinem Gemeinschafter mehr einseitig verlangt werden[374].

§ 15.

Franzosen.

Während die bäuerliche Gemeinderschaft in vielen Theilen Deutschlands zurückging[375], hat sie sich bei den Franzosen während der Feudalzeit aufs Höchste entwickelt und bis in unser Jahrhundert erhalten.

---

[372]) A. a. O. I S. 676. Ursprünglich war faelagh mit bólagh (Gutsgesellschaft) gleichbedeutend, es wird aber selten in diesem Sinne gebraucht. S. 671.

[373]) A. a. O. II S. 810; I S. 672 u. 675, 676.

[374]) Amira I S. 93. (Westmannalagen I, Bygningna b 15). — Ueber das Wort bolag im modernen Sprachgebrauch vgl. noch Uppström im Jahrb. der intern. Vereinigung II, 1896, S. 524 u. 525: „Zu der allgemeinen Vorstellung von einem Bolag gehört auch die Anschauung der Einheit oder der Rechtssubjectivität,“ sowie Pappenheim in der Kieler Festgabe für Jhering, 1892, S. 12. — Ueber bestehende Haus- und Brotgenossenschaften (bröh hiscap, société au même pain) auf der von Nachkommen schwedischer Bauern bewohnten Insel Runö im Riga'schen Meerbusen vgl. Russwurm bei Laveleye in der Revue d'écon. polit. II S. 351.

[375]) Max Huber S. 11; Amira, Grundriss S. 122 betont den Einfluss der Kirche, die die Schranken des ganerbschaftlichen Verfügungsrechts hinwegzuräumen trachtete.

Schon bei Osterwald[376]), Wuhrmann[377]) und Max Huber[378]) findet sich die gelegentliche Andeutung, dass auch die coutumes der Freigrafschaft Burgund Bestimmungen über die Gemeinderschaft enthalten. Das ist an sich ganz zutreffend[379]), doch ist die Gemeinderschaft keineswegs auf die Franche Comté beschränkt gewesen; sie findet sich vielmehr auch im Herzogthum Burgund[380]), nicht minder in der Marche[381]), in Nivernais[382]), Bourbonnais[383]), Maine[384]),

[376]) In dem N. 128 citirten Werke S. 139 u. 147.

[377]) S. 13 u. 45.

[378]) S. 18.

[379]) Cout. gén. du Comté de Bourgogne 1459, chap. 14, Art. 96 bis 99, in Bourdot de Richebourg, Nouveau coutumier général, 1724, tom. II S. 1201; Viollet S. 270 ff. und den von diesem citirten Dunod, Traités de la main-morte, Besançon 1733, S. 76, 99, 221.

[380]) Cout. gén. du pays et duché de Bourgogne, 1459, in Bourdot de Richebourg, II S. 1177, c. 9, Art. 12, 13, 17. Vgl. dazu Chassanäus, Comm. in Consuetud. Ducatus Burgundiae 1647 (bei Laurière S. 124), Dumoulin sur Bourgogne Art. 87 und Bouhier, Les cout. du duché de Bourgogne 1742 I p. 1506.

[381]) Cout. gén. du haut pays du comté de la Marche (bei Bourdot de Richebourg IV S. 1112 u. 1113) c. 153—155 u. 347.

[382]) Cout. du Nivernais v. 1534 (Richebourg III S. 1133 ff.), besonders c. VI des bourdelages Art. 18, 27; ch. VIII des servitudes Art. 7—16 und ch. XXII des communautez et associations Art. 2 ff. Vgl. dazu den berühmten Commentar von Guy Coquille und den soeben durch Boucomont in der Nouv. Revue hist. de dr. fr. et étr., 1897, S. 762 ff. veröffentlichten ältesten Coustumier des pays de Nivernoys et Donzioys, rédigé en 1490, tit. 14 des servitudes et droits d'icelles § 5—12, auch tit. 5 des bourdelaiges § 16 und tit. 25 de partaige de gens communs.

[383]) Coust. de Bourbonnois, 1493, XVII, 14; 1521, 207 u. 267—276 (Richebourg III S. 1203, 1247, 1252 ff.).

[384]) Cout. du Maine 297, aber auch 509 (Richebourg IV S. 494); Beaune S. 576 N. 1

Touraine[385]), Anjou[386]), Poitou[387]), Angoumois[388]), Champagne[389]), Normandie[390]), Bretagne[391]), Orléanais[392]), Berry[393]), und Bourges[394]), Auvergne[395]), Saintonge[396]), Beauvoisis[397]),

[385]) Cout. de Touraine XXV, 283 (Richebourg IV S. 666); Viollet p. 704 N. 1. Beaune a. a. O.

[386]) Cout. d'Anjou v. J. 1437, Art. 619 ff., 637. (Beaune S. 575 N. 4), v. J. 1508, Art. 228, 280, aber auch 512, Richebourg IV S. 512. Vgl. Viollet, Etabliss. de St. Louis, tom. III S. 277, préc. de l'hist. du franç. dr. S. 704 N. 1.

[387]) Cout. de Poitou 231 (Richebourg IV S. 797), vgl. Laveleye S. 400 N. 3.

[388]) Cout. d'Angoumois Art. 41 (Richebourg IV S. 843 ff.).

[389]) Cout. de Troyes Art. 5 u. 101 (Richebourg III p. 238 ff.), de Chaulmont en Bassigny (sous Langres), Art. 3, 75 (Richebourg III p. 351 ff.). Li droit et lis coustumes de Champaigne et Brie Art. 60 (Richebourg III S. 214 ff.), Cout. de Sens, 1506, Art. 77; 1555, Art. 279, 281 (Richebourg III p. 503 u. 527), Troplong 198, Beaune p. 575 ff. Cout. de Vitry Art. 141. (Richebourg III S. 326.) Vgl. auch Urkunde von 1188 (Laveleye S. 391).

[390]) Troplong, préf. p. XLVII; Louis Passy, des orig. de la communauté de biens entre époux, Thèse, Paris 1857, p. 35 N. 2 (Urtheil von 1241): cum duo fratres sunt ad unum et eumdem catallum et aquirant simul, auch bei Viollet, préc. S. 673 N. 4. Vgl. übrigens auch Richebourg IV S. 74 N. a zu Art. 291 u. A. 341.

[391]) Troplong a. a. O. (Duparc Poullain V S. 33 ff., Argentré, Comm. sur la cout. de Brétagne und Avis et consultation sur le partage des nobles ch. 44 u. 45). Viollet p. 703 N. 4. Laveleye p. 405 (Em. Souvestre).

[392]) Cout. d'Orléans v. 1509 Art. 180, v. 1583, Art. 213, Richebourg III S. 747 u. 791. Vgl. auch die Comment. v. Lalande 1673 u. Pothier 1740. Cout. de Lorris Montargis ch. IX bei Richebourg III S. 844. Cout. de Dreux 52, 102, Richebourg III S. 722. Cout. de Château neuf 70, Richebourg III p. 684. Beaune S. 576 N. 2. Cout. de Chartres ch. X Art. 61, Richebourg III S. 709, Viollet S. 643.

[393]) Cout. de Berry VIII, 10, 22 (Richebourg III p. 948 ff.), dazu Labbé de Montveron bei Beaune, Les contrats, 1889, S. 578.

[394]) Cout. de la ville et Septaine de Bourges Art. 36 (Richebourg III S. 878). Laurière S. 124.

[395]) Cout. d'Auvergne ch. 27 Art. 7; Richebourg IV p. 1187; dazu Chabrol sur la cout. d'Auvergne II p. 499 ff.

in Paris[398]), Laon[399]), Auxerre[400]), Melun[401]), Loudunois[402]), Toulouse[403]), Bordeaux[404]), in der Picardie, Dauphiné, Guyenne[405]), kurz in fast allen Theilen Frankreichs, ja das Institut ist mit den französischen Kreuzfahrern, worauf unten noch zurückzukommen, bis nach Asien gedrungen.

Die französische Rechtswissenschaft hat sich schon frühzeitig mit dem Institut beschäftigt. Hervorzuheben sind, wenn wir von Beaumanoir einstweilen noch absehen, aus dem 15. Jahrhundert Masuer[406]), aus dem 16. Jahrhundert Chassanäus[407]), Molinäus[408]), Argenträus[409]), Sola[410]),

---

[396]) Cout. de Saintonge 558. Usages de Saintes 73, Beaune S. 576 N. 6.

[397]) Cout. de Beauvoisis XXI, 5. Vgl. unten N. 443.

[398]) Chopin, de moribus Parisior., lib. II c. 1 (de communauté) Nr. 31, theilweise abgedruckt bei Troplong, préf. p. XXXVI N. 4 u. XLVII N. 1.

[399]) Cout. de Laon 36 u. 267, Richebourg II S. 453, Beaune S. 581.

[400]) Cout. d'Auxerre 201. Richebourg III S. 605, Troplong u. Beaune a. a. O.

[401]) Cout. de Meleun, 1506, Art. 102 u. 1560, Art. 223. Richebourg III S. 420 u. 449, Beaune S. 581 N. 1. Freilich wird ausdrücklicher Vertrag erfordert.

[402]) Cout. de Lodunois, tit. 27 Art. 7. Richebourg IV S. 730.

[403]) Troplong préf. p. XLVII.

[404]) Anc. cout. de Bordeaux §§ 131, 189, bei Laurière S. 127.

[405]) Laveleye S. 399.

[406]) J. Masuerus, practica forensis, 1510, tit. de societate §§ 14 ff. tit. XXXIII, de successionibus Nr. 20 (bei Laurière S. 127). Vgl. Viollet préc. S. 166.

[407]) Vgl. oben N. 380. Vgl. über ihn Warnkönig II S. 135.

[408]) u. [409]) Ebendas. u. 391. Vgl. über Molinäus und Argenträus im Allgemeinen Viollet 173 ff. und Meili in Z. f. intern. Priv.- und Strafrecht 1896, der sie treffend zu „den Glanzfiguren unserer Rechtsgeschichte" rechnet.

[410]) Ant. Sola, Comment. in constit. antiquas Sabaudiae et Pedemonti, Turin 1582. Vgl. Laurière I p. CXVIII u. 125.

Papon[411]), Coquille[412]), Chopin[413]), Mornac[414]), Pasquier[415]), Fornerius[416]) und Faber[417]), aus dem 17. Jahrhundert Loysel[418]), Loulle[419]), Lalande[420]) Brodeau[421]) und Jabely[422]), aus dem 18. Jahrhundert Du-

[411]) J. R. Papon, Recueil d'arrêts notables des Cours souv. de France 1550, liv. 15 Nr. 28 und derselbe in Borbonias consuetudines 1568. Vgl. auch Jean Chenu sur arrêts de Papon S. 1610. Laveleye S. 400 Note.

[412]) Guy Coquille, vgl. oben N. 382; auch desselben Inst. au dr. frç., tit. des servitudes. Troplong, préf. p. XLV ff. Vgl. über Coquille im Allgem. Viollet S. 177 ff. Warnkönig, Franz. R.-Gesch. II S. 117 u. 157 N 4.

[413]) Vgl. oben N. 397. Vgl. über ihn Warnkönig a. a. O. S. 117 ff., 131 u. 143.

[414]) Ant. Mornac, opera, 1654, S. 390 N. 3. Er war theoretischer Gegner unseres Instituts, vgl. Beaune S. 580 und Laveleye S. 390 N. 3.

[415]) Etienne Pasquier, Recherches de la France, 1723, I, livre 4 ch. 5; livre 8 ch. 24. IV c. 7 u. 8 (Troplong S. 197).

[416]) Rad. Fornerius, Rerum quotid. libri VI, Paris 1600. Vgl. Laurière I S. 124.

[417]) Ant. Faber, Codex definitionum forensium in senatu Sabaudiae tractatarum, Frkf. 1612, pro socio, def. 3, de dedititia libertate tollenda, def. 1, 4, 13 u. 25 (Laurière I S. 125).

[418]) Ant. Loysel, Institutes coutumières, 1607, livre I Nr. 74—77 (avec les notes de Laurière) 1710, nouvelle édition par Dupin und Laboulaye I, 1846, S. 123—130 (über das Werk im Allgem. Viollet S. 179 ff. u. Warnkönig II S. 118 ff.). Vgl. auch Laurière, Glossaire de dr. frç., 1704, s. v. chanteau u. partage divisé. Laurière citirt noch Cujac, observat. III, 31, sowie Balmasida, de collectis, Bailly, des mainsmortes, Paris de Puteo, comment. ad Andream de Ysernia, Roguet u. Talbert.

[419]) Pierre de Loulle, le digeste du droit et pratique de France, 1619, p. 117 (citirt von Viollet S. 643).

[420]) Vgl. oben N. 392.

[421]) Jul. Brodeau, notes sur les arrêts de Louet lit. H N. 13 und lit. R N. 17, sowie in den Noten bei Richebourg II S. 1178, III S. 357 u. 1127, IV S. 797, 1112 ff., 1127 u. 1187.

[422]) Barth. Jabely, sur la coutume de la Marche, 1695, citirt von Lebrun in dem N. 429 genannten Werke ch. 3 § 7.

nod[423]), Bouhier[424]), Chabrol[425]), Poullain Duparc[426]), Brussel[427]), Laurière[428]), ganz besonders aber Denis Lebrun[429]), der einen besonderen Traktat über sie geschrieben, und Pothier[430]), aus unserem Jahrhundert endlich Troplong[431]), Warnkönig[432]), Passy[433]), Laveleye[434]), Viollet[435]) und Beaune[436]).

Die altfranzösischen Hausgenossenschaften werden jetzt gewöhnlich als communautés oder sociétés taisibles bezeichnet, weil sie zumeist ohne ausdrücklichen Vertrag durch das rein thatsächliche Zusammenleben entstanden. Im Norden heissen sie frérages, in Anjou, Maine und Touraine: frere-

---

423) Dunod de Charnage, de la mainmorte et des retraits. Besançon 1733. S. 143. Vgl. oben Note 379.

424) Vgl. oben N. 380.

425) Vgl. oben N. 395.

426) Vgl. oben N. 391.

427) Nic. Brussel, Nouvel examen de l'usage général des fiefs, 1727.

428) Vgl. N. 418.

429) Denis Le Brun (gestorben 1708), Oeuvres, Tom. II contenant le traité de la Communauté entre mari et femme avec un traité des Communautez ou Societez tacites, Paris 1709. Nouv. Ed. s. a.

430) Pothier, Traité du contrat de société, éd. par Hutteau, 1807, I Nr. 79, 80.

431) Troplong, Le dr. civ. expliqué, du contr. de société I, 1843, préf. p. XXXV—LIV und S. 196—200, 245, sowie derselbe, Sur le louage, préface.

432) Warnkönig u. Stein, Franz. Rechtsgeschichte II, S. 156—160.

433) Passy (vgl. N. 390) S. 62—65.

434) Em. de Laveleye-Bücher, Das Ureigenthum, S. 387—413. Er citirt noch Dénisart (1768), Laferrière, Dupin, Dareste de la Chavanne, Donniol u. Bonnemère, la commune agricole S. 32, 89, sowie Baudrillart.

435) Viollet, précis 641—644. Vgl. auch S. 270, 439, 673, 674.

436) Henri Beaune, Droit coutumier français, Les contrats, 1889, S. 570—582. Vgl. auch dessen frühere Schrift La condition des personnes, p. 402. Er citirt auch Jehan Masselin 1484 und die Werke von Despeisses 1665, Aymon, Apchon, Godfroy, Henrys.

sches und pagésies [437]), in Poitou compagnies [438]), im Jura meix [439]); gleichbedeutend sind auch die Ausdrücke cottes, cotteries, fraternités und parçonneries [440]); Coquille nennt sie familles et fraternités [441]); Lebrun: sociétés tacites. Auch Umschreibungen, die denen der Schweizer und Skandinavier entsprechen, begegnen, wie „vivre à frais communs", „demeurer ensemble et être en communauté de biens", „à commune bourse et dépense" [442]).

Philipp Beaumanoir [443]) unterscheidet fünf Arten der Compagnie. Als die gefährlichste bezeichnet er die vierte, nämlich jene, die durch blosses Beisammenleben zu Brot und Topf

---

[437]) Beaune S. 576.

[438]) Ueber die Etymologie des Wortes (von compains, gemeinsame Brotesser) vgl. Pasquier a. a. O. I S. 804, bei Troplong p. XXXVI u. S. 197; auch Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts a. a. O. u. oben N. 311.

[439]) Nach einem Aufsatz von Emil de Laveleye über die communautés de famille in Revue d'écon. pol. II S. 348 lebten 1689 „les mainsmortables du Jura encore en communautés, qui s'appellaient meix; ils portaient le nom de leur communauté de famille." Er citirt Chassin, Esprit de la Rev. I, 158 u. 162. In der ancienne coutume de Nivernais c. XIV (N. Rev. hist. a. a. O. S. 797) werden die Worte „mex et tènements" für Besitzthum gebraucht und den corps des gens serfs gegenüber gestellt. Vergl. auch das. S. 799 den 9. article discordé: leurs héritaiges de leur mex et tenemens. Vgl. Loisel-Laurière II S. 469 (Glossaire): „Meix, mex (mansus), tenure vilaine, héritage mainmortable, closerie, metairie." — Ueber maisons des mages in Berry u. Nivernais vgl. Chenu bei Laveleye S. 399 N. 3.

[440]) Laveleye S. 392: „partçonnier" weil jeder seinen Theil am Arbeitsertrag hat. Ebendas. N. 1 über Cotterie.

[441]) Coquille sur Nivernais: des bordelages Art. 18, des communautéz et associations Art. 3. Laveleye S. 394. Ueber domus fraternatis in den alten Polyptychen vgl. Beaune S. 574.

[442]) Viollet S. 270 (in der Franche-Comté); Laveleye S. 400 N. 3. Vgl. unten bei N. 451.

[443]) Beaumanoir, les coutumes de Beauvoisis ed. Beugnot, 1842, I S. 302 c. 21: „Comment Compagnie se fait par coutume et comment on peut prendre et gagner en Compagnie."

nach Jahr und Tag entstehe: „par solement manoir ensemble à un pain et à un pot un an et un jour, puisque li meubles de l'un et de l'autre sont mellé ensemble.“ Diese vierte Art sei „la plus périlleuse“, da sie die Gemeinschaft aller fahrenden Habe nach sich ziehe, mithin selbst einen Wohlthäter im Fall der aus reinem Mitleid erfolgten Aufnahme eines armen Verwandten in seinen Haushalt nach Jahr und Tag um sein halbes Vermögen bringen könne. Viele Leute habe er durch diese Gemeinschaft zu Grunde gehen sehen, und so ertheilt er gute Rathschläge, wie man durch Proteste und ähnliche Mittel der Gefahr, durch blosses Zusammenwirthschaften ohne affectio societatis in Fahrnissgemeinschaft zu gerathen, begegnen könne. Auch nach den anderen coutumes erzeugt die communauté wenigstens präsumtiv nur Fahrniss- und Errungenschaftsgemeinschaft, obschon ursprünglich wohl allgemeine Gütergemeinschaft bestand[444]).

Diese communautés taisibles bestanden hauptsächlich unter Landleuten[445]), besonders wie in der Schweiz unter Hörigen, den sogen. mainmortables, doch finden sie sich auch unter freien Bauern, Bürgern und sporadisch, wie in der Champagne[446]), sogar unter Edelleuten[447]); einzelne betrieben in späterer Zeit Industrie[448]). Verwandtschaft war die Regel; Frauen und Schwestern waren nur sehr vereinzelt ausgeschlossen[449]); in Poitou bestand die communauté taisible auch

---

[444]) Beaune 572 N. 1, 574, 575; Viollet p. 641.

[445]) Sie werden daher auch sociétés oder compagnies rustiques genannt. Vgl. Troplong S. 245.

[446]) Z. B. unter den bourgeois de Paris (Chopin a. a. O.) Vgl. auch Troplong p. XLVII und XLIX; vgl. auch Beaune S. 573.

[447]) Lebrun ch. 1, 1. C. de Troyes Art. 101, „personnes nobles ou franches;“ dagegen schloss Poitou den Adel als nicht handelsfähig von diesen Gemeinschaften aus. Beaune 575 N. 4.

[448]) Z. B. die Guittards zu Pinon nordwestlich von Thiers in der Auvergne betrieben im Jahre 1788 die Fabrikation von Messerwaaren, vgl. Legrand d'Aussy bei Laveleye S. 396 ff.

[449]) Bourbonnais 267, Nivernais XXII, 1, 2. Beaune a. a. O. N. 5.

unter Nichtverwandten[450]). Voraussetzung war das durch mindestens Jahr und Tag fortgesetzte Zusammenleben im ungetrennten Haushalt oder, wie die lebensfrischen Formeln in reicher Mannigfaltigkeit lauten: à un feu et à un pain, à commun pot, sel et dépense, à un seul pot, feu et chanteau[451]). Chanteau, cantellus bedeutet wörtlich ein Segment, besonders von einem runden Laib Brotes[452]). Voraussetzung war daneben die affectio societatis (volonté entre eux de communauté[453]). Getrennte Wohnung war nur ganz ausnahmsweise, z. B. in Bourbonnais, gestattet und nur, sofern die „mixtion de biens", le mélange des biens sonst erweislich war[454]). Die Gemeinder hiessen frarescheux, cottiers, communs, consortes, compani oder vorzugsweise parsonniers, auch comparsonniers oder personniers[455]).

Die communauté taisible besass einen durch Wahl oder nach Gewohnheit (Alter) bestimmten, übrigens unter Umständen absetzbaren Geschäftsführer, den monistre, maître de communauté, chef du chanteau, chef et gouverneur, und neben ihm stand eine Leiterin der Haushaltungsgeschäfte, die maîtresse, mayorissa, die jedoch nicht die Ehefrau des chef sein durfte. Der maître verpflichtet alle Mitglieder durch seine Verwaltungsacte; nur er wird für die Abgaben in Anspruch genommen; in wichtigen Fällen zog er den Rath der Gesellschafter ein[456]). Der Regel nach war die Gemeinderschaft

---

Ueber die bei der Wiederverheirathung oft entstehende comm. composée (tripartite, quadripartite) vgl. Pothier S. 192, Viollet S. 675.

450) Poitou 231. Troplong préf. p. XLV u. XLVIII, Beaune a. a. O. N. 6.

451) Verwandte Formeln vgl. oben S. 20, 40, 78 u. 79, N. 160, 267 u. 447.

452) Laurière II 417, Warnkönig u. Stein S. 159 N. 1.

453) Cout. de Dreux 52, Beaune S. 576 N. 4.

454) Beaune S. 576 N. 3.

455) Vgl. oben N. 438 u. 440.

456) Coquille, sur Nivernais ch. 28 Art. 3. Laurière S. 126

lebenslänglich, doch konnte einerseits die Fortsetzung mit den Erben der Gemeinder vorausbedungen sein oder, wie in Berry, von Gesetzes wegen eintreten[457]), andererseits konnte die Gemeinderschaft auch nach Belieben eines jeden Gemeinders aufgehoben werden. Eine solche Aufhebung trat in den meisten Gebieten[458]) auch ohne ausdrückliche Erklärung mit dem Beginn oder doch Jahr und Tag nach dem Beginn eines eigenen Haushalts seitens eines Einzelnen der „parsonniers à pain séparé“, „feu et lieu à part“[459]) ein. Die Emancipation wurde oft „mise hors de pain“ genannt[460]). Das freie und formlose Rücktrittsrecht drücken die Parömien aus:

„un parti, tout est parti[461]), et le chanteau part le vilain.“
„le feu, le sel et le pain
partent l'homme morte-main[462]).“

In symbolischer Weise vollzog sich diese Auflösung zuweilen dadurch, dass der Aelteste ein Messer nahm und das grosse Brot in verschiedene Stücke theilte (et partage en divers chanteaux[463]). Dieser ständig drohenden Sprengungsgefahr suchten später die Romanisten Frankreichs wenigstens dadurch zu begegnen, dass sie den dolosen Austritt verboten, z. B. falls der Gemeinder lediglich deshalb ausscheiden wollte, um einen Gewinn, eine Erbschaft der Gemeinderschaft nicht

---

(Arrêt vom 5. August 1726). Troplong préf. XXXVII, Laveleye S. 395 ff., Beaune S. 574 ff.

457) Beaune S. 578.

458) Anders in der Marche Art. 153: „font pain separé par manière de déclaration de vouloir partir leurs meubles.“

459) Cout. de Niv. VIII, 13 u. Nouv. Revue hist. a. a. O. S. 798 § 8 u. 799.

460) Viollet S. 439.

461) Loisel I Nr. 75, S. 126. Die Regel galt nicht in Troyes Art. 5.

462) Loisel-Laurent I, 76 S. 127 ff. Vgl. auch oben S. 44.

463) Troplong, préf. p. XXXVI N. 5 u. p. 197 N. 7. Brodeau in Richebourg IV S. 1187 Note b.

ausliefern zu müssen[464]). Die Theilung erfolgte Mangels besonderer Abrede zu gleichen Theilen unter die zur Zeit der Auflösung vorhandenen Mitglieder.

Bei dem Tode eines Gemeinders schlossen auch in Frankreich die in der communauté stehenden Gemeinder (les parents communs) alle sonstigen Personen (zuweilen selbst die Kinder ausserhalb der Were) vom Nachlass aus. Das gilt namentlich bei der Hausgenossenschaft der Unfreien und Hörigen, deren Nachlass nach strengem Recht eigentlich an den Leib- und Grundherrn hätte fallen müssen. In zahlreichen[465]) coutumes begegnet jener Gedanke, den Troplong, préface p. XL, als „grand principe du droit coutumier“ bezeichnet: der Ausschluss des Herrn durch die verwandten Gemeinder. Loisel Nr. 74 S. 122 spricht es als Regel aus: „Serfs ou mainmortables ne peuvent tester, et ne succèdent les uns aux autres, sinon tant qu'ils sont demeurans en commun.“ Dieser Ausschluss des Grundherrn resp. der Verwandten durch die Mitgemeinder ist kein Erbrecht, sondern ein Accrescenzrecht. Bezüglich der héritages nobles erkennt es die coutume von Loudunois Tit. 27 Art. 7 mit den Worten an: „La portion du dit décédé accroît aux autres puînés[466]). Die französischen Juristen haben trotz des Einspruchs von Molinäus, zum Theil unter Heranziehung einiger Codexstellen[467]), das gesetzliche jus accrescendi oder jus non decrescendi[468]) zu erhärten versucht.

---

[464]) Anjou Art. 618. Ueber Modification im Nivernais vgl. Coquille bei Beaune S. 580.

[465]) Nicht in allen. So findet sich Heimfallsrecht statt Accrescenz in Chaumont (Art. 3), Troyes (Art. 5) und Vitry (Art. 142). Vgl. Warnkönig S. 160.

[466]) Vgl. oben N. 402 und Laurière bei Loisel S. 124.

[467]) Besonders der l. 20 C. de episcopis I 3; l. 1 ff. C. de hered. decur. navicul. VI 62; l. 1. C. Si liberalit. imper. socius X 14. Vgl. Troplong a. a. O. XL N. 1.

[468]) Besonders die von Lebrun S. 27 (c. 3, § 7) citirte Entsch. v. 1638 und Barth. Jabely: „parce que, dit-il, la part de prédécédé

Dies Accrescenzrecht erlosch nun aber principiell mit dem Ausscheiden eines Gemeinders aus dem Hause, insbesondere durch Heirat der Tochter und längere Abwesenheit des Sohnes im Kriegsdienst oder zu Studienzwecken. Zur Milderung dieser Härten betrachteten einzelne Juristen diese Ausgeschiedenen noch als anwesend und liessen communautés fictives zu[469]). Damit die aus der communauté hinausheirathende Tochter nicht ihres Erbrechts ganz verlustig gehe, half man sich auch nach vielen coutumes durch besondere Maassregeln: am häufigsten bediente man sich der mariage par échange, wodurch die Nupturientin in der Familie ihres Mannes an die Stelle einer Verwandten eintritt, welche in ihrer Familie wieder in die verlassene Stelle einrückt[470]); in der Franche Comté aber hatte man das besondere Institut des reprêt, wonach die Tochter sich ihr Erbrecht rettet, wenn sie die erste Nacht nach der Hochzeit in der gemeinschaftlichen Wohnung zubringt oder doch, wie Dunod bekundet, ausdrücklich erklärt, ihr Erbrecht behalten zu wollen[471]).

Diese communautés taisibles schwinden seit dem Ende des 15. Jahrhunderts mehr und mehr. Es geschah dies einerseits zufolge der Kenntniss des Römischen Rechts, in welchem man das Erforderniss der ausdrücklichen Vereinbarung für jede Societät zu finden vermeinte; andererseits zufolge der französischen Gesetzgebung, insbesondere der Ordonnanzen[472]) von 1566 (Moulins Art. 54) und 1667, welche Schriftform

---

accroit à la part de l'autre, ou bien elle ne décroit pas." Vgl. oben N. 422 und S. 13; auch Laurière S. 126 und Le Fèvre de la Planche, traité du domaine, préface p. 81 (citirt von Laveleye S. 390). Anderer Meinung ist Warnkönig S. 158; es liege Erbrecht, nicht Accrescenz vor.

469) So Dunod p. 124, bei Troplong p. XLV N. 3.

470) Warnkönig u. Stein S. 160. Die mariage par échange hat sich bis in unser Jahrhundert erhalten; noch 1839 fand eine solche in Gacogne (Nièvre) statt. Vgl. Dupin bei Viollet S. 411.

471) So Warnkönig a. a. O. Cout. du Comté de Bourgogne c. XIV Art. 90.

472) Viollet S. 643.

für alle Verträge über 100 livres Werth forderten; seit 1673 wurde Schriftlichkeit nun gar für alle Gesellschaftsverträge verlangt. Allerdings liessen einzelne coutumes und Gerichte für unser Institut Ausnahmen zu; diese Ausnahmen bezogen sich aber nur auf die unter grossjährigen Verwandten stillschweigend eingegangenen communautés, oder sie schlossen doch die städtische Bevölkerung aus[473]); andere coutumes verwarfen die stillschweigende Eingehung dagegen, von Eheleuten abgesehen, ausdrücklich[474]). Als den gefährlichsten Feind der communautés taisibles bezeichnen weiter französische Schriftsteller[475]) das Geld, den zunehmenden Reichthum, besonders die Mitgift der Töchter, welche das individuelle Interesse zu steigern und den Gemeinsinn zu untergraben begannen. Dazu kommt das allmälige Verschwinden der Hörigkeit[476]). Endlich schrieb man ihnen wirthschaftlich nachtheilige Wirkungen zu. Argentré hatte sie in der Bretagne vergeblich zu vertheidigen gesucht[477]). Im 18. Jahrhundert wurden sie von Economisten, besonders vom Abbé de Vilard heftig angegriffen[478]), und 1783 verlangt die assemblée provinciale von Berry ihre Unterdrückung[479]), weil sie eine Ursache der Unordnung und des Ruins wären.

So trat denn in der Revolutionszeit das Gesetz von 1793 über die Theilungen den communautés höchst feindlich entgegen; nicht günstiger war — trotz Fürsprache aus Burgund[480])

---

[473]) Beaune S. 581.

[474]) So Orléans, Melun, Laon, Reims, die Brétagne und die Touraine. Vgl. Lebrun S. 22, Beaune S. 581 N. 1, Troplong S. 198 N. 4.

[475]) Viollet S. 644, Beaune 582.

[476]) Laveleye S. 401.

[477]) Troplong, préf. p. LII. Sie wurden auch gerühmt von Coquille, Dunod, Lebrun, Valin und Lalande.

[478]) Viollet S. 644.

[479]) Vgl. den Rapport bei Beaune S. 581 N. 3 und Laveleye S. 402 N. 2.

[480]) Troplong p. 200 N. 6: „La cour de Besançon avait demandé le maintien des sociétés taisibles comme favorables à l'agriculture“

— der Code civil[481]). Er verlangt bekanntlich die Schriftform für den Beweis des Societätsvertrags, gestattet die Gütergemeinschaft bezüglich ererbten, legirten und geschenkten Guts nur hinsichtlich des Niessbrauchs und beschränkt die Aufschiebung der Erbtheilung auf höchstens 5 Jahre.

Gleichwohl haben sich bis in unser Jahrhundert Reste dieser communautés taisibles in Bourbonnais, Nivernais, der Auvergne, im Jura[482]), der Marche[483]) erhalten; so die communautés des Garreaux, d'Usseau und die von dem älteren Dupin entdeckte und seither mit idealen Farben so oft geschilderte maison des Jault in der Gemeinde St. Benin de Bois, unweit der Stadt St. Saulge, Département de la Nièvre, mit ihrem patriarchalischen Leben[484]), deren maître noch 1844 einen prix de moralité erhielt[485]).

Noch länger erhielten sich in Nivernais die des gemein-

(Fenet III p. 173, 174). Der Tribun Gilet nannte sie eine „institution qui portait dans les moeurs quelque image de l'antiquité patriarcale; mais la maturité de notre civilisation ne permet plus de conserver l'idée de ces usages que comme d'interéssants souvenirs.“ Vgl. N. 481.

481) Viollet S. 643 ff. hebt hervor, dass noch im Projet de la Convention von 1793 allgemeine Gütergemeinschaft zugelassen und sogar präsumirt wurde. Vgl. auch Barazetti, Einführung in das französ. Civilrecht, 1889, S. 426. — Vgl. auch den discours der Tribunen Boutteville und Gilet au tribunat resp. au corps législatif (bei Pothier ed. Hutteau I S. 56 Nr. 79 N. 37).

482) Laveleye p. 403, 405, 406.

483) Vgl. arrêt de cassation v. 2. März 1835 (bei Beaune S. 576 N. 4).

484) Dupin, lettre à Monsieur Etienne ou Excursion dans la Nièvre, im Moniteur v. 10. Febr. 1841 und in Requisitoire Bd. VI a. E., im Auszug bei F. W. Unger, die altdeutsche Gerichtsverfassung, Göttingen 1842, S. 76—79, der übrigens einen Freihof und merkwürdige Reste der Magenbürgschaft darin sieht(!), und bei Laveleye S. 403 ff. Vgl. auch Homeyer, Sachsenspiegel II, 2 S. 458; Maurer IV S. 291; Beaune S. 581 N. 2. Ueber eine Entscheidung der Cour de Bourges v. J. 1832 vgl. Troplong, préf. p. LIII N. 2.

485) Loisel-Laurière I S. 125: „Un prix de moralité a été décerné au maître de cette communauté, au nom de la princesse Adelaide, au comice de St. Révérien, le 8 sept. 1844.“

schaftlichen eigenen Grundbesitzes entbehrenden Fahrnissgemeinschaften (associations taisibles mobilières), so etwa 20 im Canton Luzy (Nièvre) und insbesondere die von Pervy in der Gemeinde Cuzy, Dép. Saône et Loire, die, 1519 entstanden, nach einem Bestehen von über 300 Jahren erst 1867 aufgelöst wurde[486]). Ja noch gegenwärtig soll in der Gemeinde Salies, Département Basses-Pyrénées, zur Ausbeutung der Salzquellen eine communauté „dite des Beziis ou corporation des parts prenants" bestehen, der nur Nachkommen der alten Mitglieder, die in der Gemeinde ein halbes Jahr wohnhaft sind, angehören können[487]).

§ 16.

Fortsetzung. Assises de Jérusalem.

In dem ältesten Theil der als Assises de Jérusalem bezeichneten Rechtsbücher, in dem zwischen 1173 und 1180 entstandenen Livre des Assises de la Cour des bourgeois[488]) findet sich in C. 227 folgender Fall erörtert[489]).

„Ici dirons la raison de deus frères et des deus serors qui n'en ont parti encemble se que il ont gaaigné ou amassé, si que l'un seit plus riches de l'autre, sans ce que son père ni sa mere li ait doné par partison, et de quei est tenus l'un frère à l'autre par la raison.

---

[486]) Victor de Cheverry, Fermiers à communauté taisible du Nivernais in: Les ouvriers des deux mondes Bd. V Nr. 38, 1875, bes. S. 9 u. 38. Beaune citirt übrigens S. 581 N. 2 einen anderen Aufsatz von Cheverry, fin des communautés taisibles du Nivernais (Unions du Nivernais 1886, p. 44), der mir nicht zugänglich ist.

[487]) Beaune a. a. O. und die dort citirte Revue des Sociétés, 1883, Janvier.

[488]) Viollet p. 143.

[489]) Recueil des historiens des croisades, lois. Tom. II Assises de la cour des bourgeois publiés par le Comte Beugnot, Paris 1843, S. 157 ff.

C'il avient que uns hom ait ces enfans, si come sont 2 fis ou 3 ou 4 ou 5, ou filles, et celuy lor pere meurt sans se qu'il ait departi l'un de l'autre par frerage,

c'il avient que ceaus freres seient d'aage et l'un ait acés plus que l'autre gaaigné ou amassé, ou li a esté doné, ou l'a trové par s'aventure,

la raison juge et comande à juger que puis que il n'en ont parti en cort, ne le pere ne les parti, que l'un frere est tenus a l'autre de partir o luy tout can que il avera par my, si tost coume il le semondra.

Ce est raison qu'il est tenus de donner li la mité, l'un frère à l'autre, de tout can que il avera gaaigné dès iceluy jor que il fu nés jusque au jor que il partiront par cort ou par devant bones gens, for tant que ce seluy sien frere avet prise feme, la raison juge que de nule rien qu'il eust prise ou[490]) sa feme, il n'en est tenus de douner nule part a son frere, par dreit ne par l'assise.

Et se celuy sien frere avoit emblé aucun aver, et en dounet sa part à son frere, et l'autre savoit bien qu'il avet emblé se don il li donet sa part, le dreit coumande qu'il est auci tenus d'aver sa part de la peine de celuy maufait, com c'il meysmes eust esté o luy embler.

Mais ce il riens ne sot que emblé fust ce don il li dounet sa part, la raison juge qu'il n'en est tenus, fors seulement de rendre se qu'il en avet receu à sa part, sans autre paine aver de son cors, par dreit ne par l'assise dou reaume de Jerusalem.

Et tout autele raison com est dite desus des freres, si est des serors, por ce que les freres et les serors seient germaines d'un pere est d'une mere et non autrement; car c'il esteient freres tout d'un pere et de plusors meres, ou c'il esteient tous d'une mere et de plusors peres, il ne sont

---

[490]) Beugnot annotirt: ou pour o (avec). — per ce que — pourvuque. — Embler bedeutet voler; vgl. Laurière II S. 438.

mie tenus l'un a l'autre d'ou partir tout, se non la mité[491]), si com est dit desus.

Mais ce il y a nul frere ou nule seror qui ne soit de leal mariage, il ne sont pas de ce tenus à celuy ou à cele; mais bien juge la raison et l'asise que ceaus anfans qui ne sont de mariage ne sont tenus de partir l'un ou l'autre, si com est dit desus, par dreit et par l'assise."

Es handelt sich um die Frage, ob vollbürtige Geschwister, die, ohne vorher von den Eltern abgeschichtet zu sein, zur Theilung schreiten, die eigene Errungenschaft einzuwerfen haben; diese Frage wird, soweit es sich nicht um das von ihren Frauen Zugebrachte handelt, bejaht, gleichzeitig aber auch die Verpflichtung ausgesprochen, die Hälfte der Delictsbussen zu übernehmen. Es wird also durch diese Stelle constatirt, dass Geschwister in Errungenschafts- und Schuldengemeinschaft für die Zeit von der Geburt bis zum Theilungstage stehen, dass sie auf Gedeih und Verderb wirthschaften, dass diese Gemeinsamkeit mit der Theilung endet.

Es überrascht nun aufs Höchste, dass Beugnot zu diesem Capitel in seiner Note b folgende Bemerkung macht: „Le principe qui a dicté ce chapitre est celui du rapport à la succession, que l'on retrouve dans toutes les législations, mais qui paraît avoir reçu en Syrie une extension inusitée. Ici, les copartageants rapportent, s'ils n'ont pas fait de partage en cour, ou si leur père n'a pas divisé ses biens entre eux, non seulement ce qu'ils ont reçus de leurs auteurs, mais ce qu'il ont obtenus d'autres personnes par donation, et même ce qu'ils ont gagné ou trouvé; en un mot, les frères doivent partager entre eux tout ce qu'ils ont acquis depuis le jour de leur naissance, à moins que la cour ou le père n'aient fait le partage ou frerage. Cet usage est sans aucune analogie avec la loi Romaine ni avec les coutumes françaises,

[491]) Beugnot annotirt: de tout raporter à la masse, mais seulement la moitié.

qui n'admettent pas que le cohéritier puisse être tenu de rapporter les fruits de son économie ou de son industrie; et, sous certains rapports, il est inexpliquable; en effet, jusqu'au partage, le cohéritier ne travaille pas seulement pour lui et ses enfants, mais aussi pour ses frères, qui ont le droit d'exiger la moitié de tout ce qu'il a gagné; en sorte que, dans un pays ou l'espoir de s'enrichir attirait tant d'Européens, l'oisiveté ou l'inconduite partagait avec l'ordre et l'amour du travail. Un tel état de choses paraît étrange; mais ce qu'il l'est encore d'avantage, c'est de le voir cesser par le partage de la succession du père, acte qui n'avait aucun rapport avec les biens particuliers de chacun des frères. On peut dire que des frères ne retrouvaient réellement la liberté de travailler pour leur compte, que quand l'acte de partage avait été accompli. Voilà ce que nous renonçons à expliquer."

Allerdings ist von einem Zusammenleben der Geschwister à un pot et à un pain in der Stelle nicht ausdrücklich die Rede; aber da ja darin wiederholt ausgesprochen ist, dass keine Theilung vorangegangen, so ist wohl sicher zu unterstellen, dass die Geschwister sich in gemeinsamer Wirthschaft befunden haben. Es ist daher kaum zu verstehen, dass Beugnot, der doch ein Jahr zuvor Beaumanoir edirt hat, auch sonst durch seine vorangehenden Arbeiten mit dem mittelalterlichen Recht wohl vertraut war, die Analogie mit dem coutumiären Recht ablehnt, auf die Erklärung der Wirkung der definitiven Theilung verzichtet und eher an einen Einfluss syrischer als französischer Rechtsanschauungen denkt. So gilt auch wohl für diese Note Beugnot's das herbe Urtheil, das Viollet über diese Ausgabe der Assises fällt: „Les préfaces sont malheureusement trop vagues, et contiennent même quelques erreurs regrettables." In der mir zugänglichen Literatur ist die Ansicht Beugnot's vollständig unbeachtet geblieben; überhaupt hat, so viel ich sehe, von den Schriftstellern über die communauté taisible nur Beaune S. 576 auf die Assises Bezug genommen; er begnügt sich mit der kurzen, aber treffen-

den Notiz: Ce système pénétra même en Palestine (Assises des Bourgeois, 227).

Natürlich hat diese geschwisterliche Gemeinderschaft auch in Cypern, dem Hauptgebiet der Assises, Geltung gehabt.

Zu Gunsten der Annahme Beaune's spricht übrigens noch der Umstand, dass nach derselben Cour des bourgeois die Wittwe mit den Kindern, und zwar auch mit den grossjährigen, in fortgesetzter Gütergemeinschaft verblieb[492]). Auch dürfte vielleicht gerade die Frage nach der Haftung für die Delictsschulden auf die Hausgemeinschaft hindeuten; wenigstens ist bei anderen Nationen, bei denen die Hausgenossenschaft aufs Sicherste bezeugt ist, die solidarische Haftung der Verwandten gerade an die Voraussetzung geknüpft, dass sie in demselben Hause wohnen[493]); die Assisen wollen diese strenge Haftung mildern.

Der von Beugnot vermuthete Einfluss des syrischen Rechts scheint ausgeschlossen; — ist doch das moslemische Recht aufs Höchste gemeinschaftsfeindlich[494]), und auch das syrische Rechtsbuch des 5. Jahrhunderts spricht dagegen; denn es verbietet einerseits die Begründung allgemeiner Gütergemeinschaft durch Eingehung von Brüderschaften[495]), und es ge-

---

492) C. 187 in fine, vgl. auch c. 191, Viollet S. 674 N. 2 u. 673 N. 1. Dagegen wird c. 227 von Viollet nicht gestreift.

493) Vgl. oben N. 362 Post I S. 206, Amira I S. 184. Vgl. unten bei N. 515, sowie die Note Brissaud's zu Dickel's Etude sur le nouveau Code de Monténégro S. 66 N. 2: „les membres d'une même famille sont solidaires les uns des autres pourvu qu'ils demeurent dans la même maison.“ (Gesetzbuch des Serbischen Zars Steph. Duschan v. 1349. Dareste, Etudes d'hist. du droit p. 230.)

494) Vgl. oben N. 265 u. 283.

495) Syrisch-Römisches Rechtsbuch aus dem 5. Jahrh., herausg. v. Bruns u. Sachau, Leipzig 1880, § 86, Arab. 127, Armen. 126, S. 142, und dazu Bruns, Erläuterungen S. 254—257, sowie Tamassia, l'affratellamento p. 57—63. Vgl. auch Kohler in dieser Z. V S. 436 und oben N. 308 u. 357.

währleistet andererseits die Erbtheilung selbst unter minderjährigen Brüdern[496]).

§ 17.

Slaven.

Während die communautés taisibles heute nahezu ganz verschwunden sind, hat sich die Hausgenossenschaft unter den Slaven trotz offenbaren Absterbens doch noch in einem immerhin beträchtlichen Umfang erhalten, und gerade in unserem Jahrhundert auch in Gesetzgebung und Literatur vielfach Beachtung gefunden[497]).

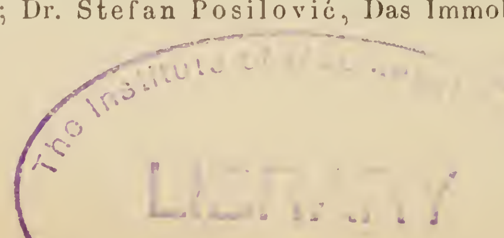
---

496) § 89 S. 25, Arab. Text § 129 S. 114, Armen. Text § 128 S. 145; vgl. auch S. 258, 259.

497) J. v. Csaplovics, Slavonien u. z. Theil Croatien I, Pesth 1819, S. 105—107, abgedruckt bei Ewers S. 262 ff.; Ewers, Das älteste Recht der Russen, 1826, Dorpat, S. 262 ff., vgl. auch S. 17 u. 48. Macieiowski, Slav. Rechtsgeschichte, übersetzt von Buss u. Nawrocki I—IV, 1835 bis 1839; v. Tkalac, Das Staatsrecht des Fürstenthums Serbien, Leipzig 1858; Utješnović, Die Hauscommunion der Südslaven, Wien 1859; Haf, Einige Schriften über die Hauscommunion in Croatien und Slavonien, Agram 1862 (der slavische Titel bei Miler S. 201); Delarue, Le Monténégro, Paris 1866; Savić, Die Hauscommunionen bei den Südslaven, in der Zeitschr. Pravda, Belgrad 1869, Navaović, Gesetzbuch des serbischen Kaisers Dusān, Belgrad 1870 (slavischer Titel bei Radulowits); A. S. Jovanović, Die Hauscommunion nach den Vorschriften des serbischen Civilgesetzbuchs, im „Glasnik" der serbischen Academie der Wissenschaften, Buch XXXVI, Belgrad 1872; Petranović, Erbrecht der Serben („Rad" der südslavischen Academie, Buch 16, Agram 1871); Turner, Slavisches Familienrecht, Strassburg 1874; Mate Jvić, Die Hauscommunionen. Eine Denkschrift, Semlin 1874, dazu die Anzeige von Tomaschek in Grünhut's Ztschr. II S. 623 ff. (vgl. auch Laveleye-Bücher S. 382 N. 1); Mackenzie Wallace, Russia, nach der 7. Originalauflage übersetzt von Roetger, 2. Aufl. 1880, S. 100; Bogišić, Sammlung der jetzigen Rechtsgewohnheiten bei den Südslaven, Agram 1874 (Slavischer Titel bei Miler S. 214), De la forme dite: Inocosna de la famille rurale chez les Serbes et les Croates, Paris 1884, und A propos du code civil de Monténégro (Bulletin de la soc. de lég. comp. 1867—1888 p. 483—487, (vgl. über Bogišić besonders Dickel S. 9 ff.); Laveleye a. a. O. 1874, deutsch 1879 S. 371—387, sowie in der

Sie fand und findet sich in Kroatien, Slavonien, Serbien, Bulgarien, Bosnien und der Herzegowina, Montenegro und

Revue d'écon. polit., 1888, II S. 345—363, auch La peninsule des Balkans, Bruxelles 1886, p. 357, 371; Frilley u. Vlachović, Le Monténégro, Paris 1876, Demelić, Droit coutumier des slaves méridionaux d'après les recherches de Bogišić in der Revue de lég. ancienne et moderne, 1876; Popović, Recht und Gericht in Montenegro, Agram 1877, Rolin Jacquemyns in der Revue de droit intern. VIII, 1876, S. 265 ff.; Maine, Nineteenth Century, 1877, December, M. Vezić, Gesetze und Erlasse in Bezug auf die Hauscommunion in Croatien und Slavonien, Agram 1880 (croatisch); Borisavljević u. Zujović, Von der Hauscommunion, in der Monatsschrift „Pobratimstvo" 1881, vgl. dazu Radulowits S. 7, Gefimenko 1882 in russischer Sprache, der genaue Titel in Engelmann, Die Leibeigenschaft in Russland, Leipzig 1884; Chiudina, Storia del Montenegro da' tempi antichi fino a' nostri, Spalato, 1882; Radosavljević, Die Evolution der serbischen Zadruga, Bd. I, Belgrad 1886; Roje in den Monatsblättern des Juristenvereins, Agram 1882 (vgl. Miler S. 222); Markowić, Serbien am Osten, Belgrad 1886 (bei Radulowits); Cuculić, Studie über das Hauscommunionsgesetz vom Jahre 1874 im „Mjesečnik" des Juristenvereins, Agram 1884 (Slavischer Titel bei Miler S. 204); Dr. Franjo Spevec, Ueber die rechtliche Natur der Zadruga, Monatsschrift des Juristenvereins, Agram 1884 (der slavische Titel bei Miler S. 221); Dr. Friedr. Krauss, Sitte und Brauch der Südslaven, Wien 1885; Galjer; Rückblick auf die croatische Bauernfamilie, Monatsschrift, Agram 1885 (slavischer Titel bei Miler S. 216 N. 1); Dareste, Etudes d'hist. de droit p. 230, 241, Journal des Savants 1886, p. 91 ff. und Le nouveau code civil du Monténégro. Comptes rendus de l'Acad. des sciences mor. et politiques 1889, p. 333; Albert Rivière, La zadruga en Croatie, im Bull. de la soc. de lég. comp., 1888, XVII S. 595—601; Toubeau, La propriété et la famille au Monténégro, Nouv. Revue 1888, Juillet; Ardent, la famille jougo-slave au Monténégro, in Réforme sociale 1888, Oct.; R. de Hubé, Der Montenegrinische Code v. J. 1888 (Russisch 1889); Dr. C. Dickel, Das neue bürgerl. Gesetzbuch von Montenegro (Marburg, 1889, S. 98—104, französisch mit literarischen Noten von J. Brissaud, Paris 1891); M. W. Radulowits, Die Hauscommunion der Südslaven, Heidelberger Inaug.-Dissertation, 1891; Adalb. Shek, Allgem. Ges.-Buch über das Vermögen für das Fürstenthum Montenegro, Berlin 1893, Einleitung p. LVIII ff.; M. Milicević, Serbische ethnograph. Sammlung, Belgrad 1894 (Titel bei Miler S. 215); Dr. Stefan Posilović, Das Immobiliarrecht in Bosnien und



Dalmatien[498]). Sie führt verschiedene Bezeichnungen. Als generischer Name begegnet besonders im montenegrinischen Gesetzbuch die Bezeichnung kuča (Haus). Besteht sie nur aus Eltern und Kindern, so führt das Haus den adjectivischen Zusatz inokosna und wird mit dem Substantiv Inokoština bezeichnet[499]); umfasst sie dagegen mehrere Brüder mit ihren Descendenten und entfernten Verwandten, so heisst das Haus eine kuča zadružna[500]), eine solche grosse Familie aber Zadruga; doch pflegt in der Literatur das Wort Zadruga zur generellen Bezeichnung des ganzen Instituts am häufigsten verwendet zu werden. Zadruga und Inokosna sind nicht, wie man früher oft annahm, Gegensätze; sie beruhen vielmehr, wie von Bogišić zuerst klargelegt worden, auf gleichen Principien. Es ist dies nunmehr allgemein anerkannt, insbesondere auch von Dickel, Aćimović, Miler. „Das Volk versteht unter Zadruga-Familie diejenige, welche über zahlreiche Arbeitskräfte verfügt, während in der Inokosna-Familie nur wenig Arbeitskräfte vorhanden sind"[501]). Jene ist also die reiche, diese die arme Familie; ein Sprüchwort erklärt denn auch, Inokostina sei

---

Herzegowina, Agram 1894; Hoholać (im „Mjesecnik" des Juristenvereins, Agram 1896), Regulirung der Hauscommunionsverhältnisse in den Königreichen Croatien und Slavonien und der bestandenen Militärgrenze (bei Miler S. 203 N. 1); Mil. P. Jovanovic, Ueber die Codification in Croatien und Slavonien (im Jahrb. der Int. Verein. I S. 490 bis 501; Jovan Aćimović, Uebersicht des serbischen Erbrechts im Hinblick auf eine Reform desselben im Jahrb. d. intern. Vereinigung III S. 106—136 (1897); Ernest Miler, Die Hauscommunion der Südslaven, im Jahrb. der intern. Vereinigung III, 1897, S. 199—222. Vgl. auch Post, Anfänge S. 1127, Bausteine II S. 27, 93, Grundriss I S 126 N. 4, 137 N. 4, 138 N. 5, 166 N. 1, 181 N. 3, 182 N. 2 u. 200 N. 1; E. Lehr, Droit civil Russe, 1877, I S. 68 Nr. 53, S. 219—226 u. Keussler im Handwörterb. der Staatswiss. IV S. 1185 ff.

[498]) Miler S. 199 u. 201.

[499]) Dickel S. 98.

[500]) Miler S. 216.

[501]) Aćimović, Jahrbuch III S. 114.

gleichbedeutend mit Armuth[502]). Die Franzosen nennen die Zadruga nicht ganz correct „famille rurale à plusieurs ménages“, die Inokostina aber „famille à un ménage“. Als andere Bezeichnungen der südslavischen Hauscommunion verzeichnet Miler noch folgende: skupčina (Gemeinschaft), hiža (Haus), familija, odžak (Rauchfang) und dim (Rauch). Vielleicht dürfte die Wrwa, von der das sogenannte Poljički-Statut, eine Sammlung gewohnheitsrechtlicher Sätze, spricht, ursprünglich wenigstens eine grosse Hauscommunion gewesen sein[503]).

Eine gesetzliche Regelung hat das Institut nur in folgenden drei südslavischen Gebieten gefunden:

a) In Kroatien und Slavonien lebten die freien und hörigen Bauern, sowie der im 16. und 17. Jahrhundert entstandene Dorfadel in der Hauscommunion. Zadrugen mit mehr als 100 Mitgliedern waren keine Seltenheit[504]). Nach verschiedenen gesetzgeberischen Experimenten, welche die Theilung bald begünstigten, bald sistirten und theils für das civile Kroatien, theils für die Militärgrenze erlassen waren, erging das für das ganze Land allgemein gültige Gesetz vom 9. Mai 1889[505]), welches „auf dem Grundsatz fusste, dass nach dem Tod eines Hauscommunionsmitglieds sein Theil der Zadruga accrescirt, und dass es innerhalb derselben kein Erbrecht giebt“[506]).

---

[502]) Dickel S. 98.

[503]) Vgl. Radulowits S. 8 u. 9 „Im Ganzen genommen stellt sich die Wrwa mehr als ein Mittelding zwischen der russischen Gemeinde und der Hauscommunion dar, im ungetheilten Zustand ist sie eigentlich eine grosse Hauscommunion, während sie durch die Art der Theilung und Auflösung an die russische Gemeinde erinnert.“

[504]) Shek S. LVIII.

[505]) Nicht 1885, wie es irrig bei Jovanović im Jahrb. I S. 496 heisst.

[506]) Miler S. 205. Ueber zahlreiche voraufgegangene Gesetze von 1836, 1850, 1851, 1870, 1872, 1874, 1876, 1877 u. 1880 vgl. ebendas. und bei Shek a. a. O. N. 3.

Die Hauscommunion umfasst, ausser den legitimen Nachkommen, auch die Hineingeheiratheten und die auf Grund eines Vertrags mit Behördengenehmigung aufgenommenen Personen. Hauptorgan ist der erwählte Hausvater, Staresina[507]); die Wahl erfolgt in der Hauscommunionsversammlung durch alle über 18 Jahre alten Mitglieder kraft Stimmenmehrheit. Dem Hausvater steht Vertretung, Vermögensverwaltung, eine gewisse Disciplinargewalt zur Hausordnungs-Erhaltung und Streitschlichtung zu. Er ist zur Rechnungslegung sowie, so weit als möglich, zur Mitarbeit verpflichtet. Bei Streit zwischen der Zadruga und dem Staresina oder dessen Kindern muss ein anderes Oberhaupt gewählt werden[508]). Vater- und gattenlose Weiber sind wahlberechtigt. Falls kein geeigneter Hausvater vorhanden, muss eine Hausmutter gewählt werden, eventuell bestellt die Gemeinde einen Vormund zum Stellvertreter des Hausvorstandes. Der Hauscommunionsversammlung liegt ausser der Wahl des Hauptes eine Reihe wichtiger Rechtshandlungen, insbesondere Zustimmung zu allen Immobiliargeschäften ob. Meist entscheidet Stimmenmehrheit. Es besteht allgemeine Gütergemeinschaft, doch kann mit Erlaubniss des Hausvaters ein Mitglied, soweit dies ohne Hintansetzung seiner Communionspflichten möglich, Sondergut erarbeiten. Kein Mitglied kann über die Quote unter Lebenden oder von Todeswegen verfügen. Die Theilung (dioba) kann von jedem wahlfähigen Mitglied beantragt und mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden. Für die Grundstückstheilung bestehen dabei besondere Beschränkungen (Minimalumfang, Mitwirkung der Behörde). Geheime Theilungen sind für die Zukunft verboten. Die Mitgliedschaft erlischt durch

---

[507]) Nach Rivière S. 396 heisst der Hausvater starechina (l'ancien), nach Csaplovics a. a. O. gospodar, seine Gehülfin für die Wirthschaftsleitung domatschika resp. gospodariza. Die Mitglieder der Communion werden zadrugari, nach Jovanovic Jahrb. I S. 497 clavoni genannt. Das Sondergut heisst nach Csaplovics perchia, nach Dickel osobina.

[508]) Jovanović a. a. O.

ausdrückliche Austrittserklärung, 5jährige Abwesenheit, Ausstossung aus gesetzlichen Gründen, Eintritt in den Priesterstand oder Erwerb gewisser Aemter; sie erlischt auch, falls männliche oder weibliche Mitglieder aus der Zadruga hinausheirathen, doch raubt eine solche Heirath bei den adeligen Zadrugen, für die etliche Specialnormen gelten, nicht das Recht auf das Hauscommunionsvermögen. Die Theilung erfolgt bezüglich der Fahrniss und in der Militärgrenze auch bezüglich der Grundstücke nach Köpfen, während für das civile Kroatien die Grundstücke nach Linien getheilt werden. — Auch die aus nur einer Familie bestehende Inokostina ist anerkannt.

b) In Serbien[509]), wo die Einrichtung sich ganz wie in Kroatien entwickelt hatte, wurde die Zadruga erst durch das Civilgesetzbuch von 1844 §§ 58 u. 507—529 gesetzlich geregelt. Dasselbe verkennt leider die rechtliche Natur der Inokostina. Nur die grössere Familie (Zadruga) ist sachgemäss geregelt; die Inokostina wurde dagegen irrthümlich — die bahnbrechenden Untersuchungen von Bogišić erschienen ja erst 40 Jahre später — der städtischen, europäischen Familie gleichgestellt, so dass der Vater kein absetzbarer Vermögensverwalter der Communion, sondern vielmehr das einzige Subject des Familienvermögens mit unbeschränkter Vermögensgewalt ist, auch der Erwerb der Kinder nur den Eltern zukommt (§ 121). Fehlt es auch nicht an serbischen Juristen, die diesen Irrthum des Gesetzgebers durch künstliche Auslegung beseitigen möchten, so hat doch selbst ein so begeisterter Anhänger von Bogišić, wie Aćimović es ist, diesen innerlich unbegründeten Zwiespalt zwischen beiden Formen der Hausgemeinschaft de lege lata anerkennen müssen. Dieser dem Volksbewusstsein widerstreitende Dua-

[509]) Statist. Mitth. über Personenzahl und Vermögen von 6 serbischen Zadrugen giebt Radulowits S. 21. Ueber die serb. Gesetzgebung ebendas. S. 35 ff. Miler S. 315. Vgl. auch N. 493.

lismus tritt auch im Erbrecht hervor. Nur in der Zadruga ist nämlich das Accrescenzrecht anerkannt: das in der Communion verstorbene Kind wird nicht von der Mutter, sondern von der Zadruga beerbt, die Verwandtschaft innerhalb der Zadruga hat in der Regel[510]) den Vorzug vor der Verwandtschaft ausserhalb der Zadruga, wenn auch der Grad der Letzteren ein näherer wäre; ja selbst der in die Zadruga wirklich aufgenommene Fremde schliesst die Blutsverwandten ausserhalb der Communion aus. Freilich ist dies Accrescenzrecht auch für die weitere Zadruga in Serbien thatsächlich dadurch fast illusorisch gemacht, dass die Mitglieder nach § 515 u. 521 über ihren ideellen Antheil unter Lebenden und auch von Todeswegen verfügen können, ein Recht, das ihnen die Gesetzgebungen Montenegros und Kroatiens consequent versagen[511]). Nur bei der (weiteren) Zadrugá bedarf es zu Verfügungen des Staresina über das Hausvermögen der Zustimmung der grossjährigen Hausgenossen. Jeder derselben hat 1 Jahr lang das Widerspruchsrecht, welches die einseitige Verfügung des Hausvaters wirkungslos macht. Erwerb von Sondergut, sowie Ausstossung unwürdiger Mitglieder gegen Ausfolgung des Antheils am Hausvermögen ist statthaft; das Recht auf Theilung[512]) ist anerkannt.

c) Den festesten Halt hat die Hausgenossenschaft in Montenegro. Das von Bogišić selbst redigirte Allgem. Gesetzbuch über Vermögen für das Fürstenthum Montenegro vom 25. März 1888 enthält denn auch sehr detaillirte Bestimmungen. Es geschieht dies, von vereinzelten zerstreuten

---

[510]) Ausnahmen bestehen, falls die Zadruga wegen Kriegsdienst, echter Noth und von minderjährigen Kindern im Gefolge ihrer Mütter verlassen worden. Laveleye a. a. O. S. 379 N. 1, Radulowits S. 38, Aćimović S. 126.

[511]) Vgl. Aćimović S. 128. Vgl. auch oben S. 14, 22 u. N. 190.

[512]) Ueber die altserbische Theilung in „Brot und Namen" (chlebem i imieniem) vgl. Macieiowski II S. 227. Vgl. im Allgemeinen Shek p. LXXI.

Normen abgesehen[513]), im Abschnitt von der Hausgemeinschaft (Theil V, Abschn. 6, Art. 686—708 und in Theil VI, Abschn. 5, Art. 964—968): „von der Kuća oder der Hausgemeinschaft oder anderen juristischen Personen.“ Trotz dieser Ausführlichkeit ist noch in Art. 687 ein besonderes Gesetz über die inneren Beziehungen vorbehalten, und bis zu dessen Erlass die weitere Geltung des bisherigen Gewohnheitsrechts verfügt. Die Bestimmungen gelten, wie bei Bogišić nicht anders zu erwarten, gleichmässig für Zadruga wie für Inokostina; sie gelten für die ländliche, wie für die städtische Kuća, doch ist die Autonomie der Stadt-Kuća vorbehalten und die Wirkung solcher autonomen Satzungen selbst gegen Dritte bei Publication oder Kenntniss zugestanden (Art. 708).

Jede Kuća ist selbstständige juristische Person (Art. 686); die Controverse, ob juristische Person, communio oder Rechtsverhältniss sui generis[514]), scheint zu Gunsten der ersten Ansicht entschieden. — Hausmitglieder sind alle in der Kuća geborenen oder in dieselbe aufgenommenen Personen, auch Schwiegerkinder, nie aber die Dienstboten; Heirath oder Abschichtung beendet die Mitgliedschaft (Art. 965), doch können Ausgeschiedene wieder aufgenommen werden (Art. 705). Aller Arbeitserwerb der Mitglieder wird Hausvermögen. Sondervermögen (osobina) durch lucrativen Erwerb, Capitalzins, Ausstattung und Schmuck der Mädchen oder durch Arbeitserwerb (kraft besonderer Erlaubniss der Kuća) ist statthaft (Art. 688, 689, 967, 968) und unterliegt, soweit es sich nicht um Ehefrauen handelt, der freien Verfügung des Einzelnen (Art. 690).

Der Hausvater (Hausälteste) vertritt die Kuća gerichtlich und aussergerichtlich und verpflichtet das Haus mit Ausnahme des Falles, dass er mit Wissen des anderen Theiles bös-

[513]) Miler citirt S. 218 die Art. 14, 26, 51, 119, 169, 333, 336, 395, 441, 442, 639, 644, 645, 670; doch spricht Art. 26 nur vom Haus als Sache, nicht als Personengemeinschaft, und Art. 442 enthält überhaupt nichts von der Kuća.

[514]) Letzterer Ansicht ist Miler S. 221 u. 222.

gläubig oder heimlich gehandelt hat und das Rechtsgeschäft dem Haus nachtheilig ist (Art. 692). Leitung der Kuća macht volljährig (Art. 639). Der Hausvater hat freies Substitutionsrecht (Art. 694). Auch eine Frauensperson, z. B. die Wittwe, kann die Stelle und den Rang des Vertreters der Kuća einnehmen (Art. 51). Kein Mitglied kann während des Bestehens der Gemeinschaft über seine Quote verfügen. Für persönliche Schulden eines Hausgenossen resp. des Hausvaters haftet das Haus nur in einigen Ausnahmsfällen, insbesondere bei ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung, so bei consentirtem Handelsbetrieb, bei Nothschulden, Bereicherung; für Delictsschulden nur, soweit die bösliche Schädigung mit der Hausarbeit, der Vertheidigung des Hausvermögens oder der Hausehre in Verbindung stand, resp. soweit Fahrlässigkeit vorliegt, der Schaden unter 100 Franken beträgt oder von der Kuća verhütbar gewesen wäre; endlich auch wenn die Kuća an der Handlung auch nur in entferntester Weise Antheil genommen hat (Art. 696—701). Dickel weist mit Recht darauf hin, dass es sich hier um eine bedeutsame Neuerung handelt, da nach älterem Recht das Haus in allen Fällen für die Handlungen der Mitglieder haftete[515]). Aus Billigkeitsrücksichten kann übrigens das Gericht selbst bei einer Schuld, für die principiell nur der Hausgenosse haften sollte, das Haus zur ganzen oder theilweisen Ergänzung des dem Genossen fehlenden Betrages anhalten (Art. 702). Die Sonderschuld geht auf das Haus über, wenn das Haus das betreffende Mitglied trotz Aufforderung des Gläubigers binnen 2 Monaten nicht unter Ausfolgung seines Antheils ausscheidet (Art. 703). Für die Schulden des nach seinem Ausscheiden wieder aufgenommenen Mitglieds haftet das Haus, wie für ein nicht ausgeschiedenes Mitglied, es wären denn abweichende Bedingungen bei seiner Wiederaufnahme publicirt worden (Art. 705).

---

[515]) Dickel S. 101. Vgl. oben N. 493 und unten nach N. 524.

Theilung ist jederzeit statthaft, doch muss die verschuldete Kuća zuvor bei Vermeidung solidarischer Haftung aller Mitglieder „zur ungetheilten Hand“ mit dem Gläubiger die Vertheilung der Schuld auf die Einzelnen vereinbaren (Art. 706). Die Kuća besteht auch noch in einem Mitglied fort; dasselbe hat aber bis zum Hinzutritt neuer Mitglieder freies Verfügungsrecht auch bezüglich der Substanz; ist jenes einzig übrig gebliebene Mitglied eine durch Heirath in die Kuća getretene kinderlose Frau, so hat sie, Nothfälle abgerechnet, die freie Verfügung nur über die Früchte und Erträgnisse (Art. 707). Der Hausvater ist der Regel nach Vormund aller in der Kuća befindlichen elternlosen Minderjährigen; neben der Wittwe fungirt er als Mitvormund (Art. 644 u. 645). Ueber das Accrescenzrecht schweigt das Gesetzbuch, doch folgt es wohl aus der Anerkennung der „selbstständigen Person“ der Kuća, der ihr Hausgut durch den Tod einzelner Mitglieder nicht entfremdet werden kann; auch tritt hier vielleicht ergänzend das Gewohnheitsrecht ein.

d) In Dalmatien, wo die Erbfolge des französischen Code civil 1809 eingeführt wurde, regelt sich die um Ragusa und Cattaro erhalten gebliebene Hauscommunion jetzt nach den Vorschriften des Oester. B. G.B. über die Gemeinschaft des Eigenthums [516]).

e) Ohne gesetzliche Regelung ist die Zadruga in Bulgarien, wo ihre Zahl jedoch gering ist [517]), sowie in Bosnien und der Herzegowina [518]).

f) Bei den Slovenen in Steiermark, Krain und Kärnthen hat die Hausgemeinschaft schon im vorigen Jahrhundert aufgehört [519]). Im Windisch-Matreier Gerichtsbezirke

---

[516]) §§ 828—858. Vgl. Laveleye S. 381. Miler S. 213, 214.

[517]) Statistische Mittheilung bei Krauss S. 68, abgedruckt bei Radulowits S. 23; vgl. auch Miler S. 217 und Geschoff in der Revue périod. de Sophia bei Laveleye, Revue d'écon. polit. II S. 361.

[518]) Vgl. über die dortigen Verhältnisse Miler a. a. O.

[519]) Krauss bei Miler S. 200.

in Tyrol soll sie noch im 16. Jahrhundert weit verbreitet gewesen sein[520]; dass sie noch heute im südlichen Tyrol, freilich unter Italienern, begegnet, berichtet Brentano[521].

g) Vermuthlich lebten auch in Böhmen ursprünglich die Familienmitglieder ungetheilt unter einem gewählten Familienoberhaupt in Hausgemeinschaft. Die Frage der Echtheit der hierfür oft citirten altböhmischen Dichtungen über das Gericht der Libussa[522] kann dahingestellt bleiben, wie die rührenden Berichte der Chronisten über den altböhmischen Familiensinn; denn noch in späterer Zeit stand, wie Macieiowski mittheilt, „bei den Böhmen, wie bei den Mähren ein Mitglied der Familie an der Spitze des Hauses, und zwar entweder der Aelteste oder Jüngste, je nachdem das Wohl der Familie es forderte. Bei Lebzeiten des Vaters besass der Vater das Alleineigenthum. Ueber Güter, welche sich eines der Mitglieder der Familie im Dienste des Königs erwarb, verfügte dasselbe nach Willkür, und wenn es starb, ohne ein Testament gemacht zu haben, so erhielt diese Güter die ganze Familie und besass sie gemeinschaftlich.“ Theilung konnte, mit Ausnahme der hierin beschränkten Schwestern, jedes Familienmitglied willkürlich verlangen. „Auch liessen die Böhmen der Familie fremde Personen zur Gemeinschaft aller Rechte (spoleczeni, spolek) zu, doch musste dies unter

---

[520]) Biedermann im Globus 1891 (Bd. 60) S. 311 ff., bei Post I S. 126 N. 4.

[521]) Brentano, Ueber Anerbenrecht und Grundeigenthum, 1895, S. 56. Vgl. oben bei N. 312.

[522]) Vgl. Macieiowski I S. 79 N. 124; IV S. 412; Laveleye S. 372 und Turner S. 40 ff.: Libusas Gericht resp. altböhm. Gedicht „Gedinge“:

„Aber stirbt des Hauses Haupt, verwesen
Alle Kinder insgesammt die Habe,
Sich ein Haupt erkiesend aus dem Stamme,
Das, wenn's frommt, sich stellt zum hohen Tage
Mit den Räthen, Rittern, Stammeshäuptern.

der Autorität des Gerichts und der Landtafeln geschehen" [523]. Auch in Böhmen brachte die Gemeinschaft Gesammthaftung, Erleichterung der öffentlichen Lasten und Accrescenz mit sich [524]; ja es konnte durch sogen. unio vertragsmässig ein „Gesammteigenthum zweiter Ordnung" auf den Todesfall begründet werden [524a]. Die Hausgemeinschaft hatte sich namentlich beim Adel gehalten [525], ist jedoch bereits lange in Böhmen untergegangen [526].

h) Was Polen anlangt, so kam nach Macieiowski IV S. 406 ff. die uralte Sitte, welche den Familiengliedern geboten hatte, in der Gütergemeinschaft zu bleiben, wahrscheinlich früher als bei anderen slavischen Stämmen in Vergessenheit. Immerhin war sie nicht ganz in Masovien und Litthauen erloschen. „Das masovische Statut (Art. 412) verordnete, dass, wenn die Brüder in Einem Hause wohnen und das Vermögen gemeinschaftlich besitzen, ein Bruder nur insofern über das Familienvermögen willkürlich verfügen könne, inwiefern ein Theil davon ihm rechtlich zugehöre." Es scheint damit freilich die Verfügung über die Quote freigegeben zu sein. „Die litthauischen Rechte [527] verordnen, dass die Brüder, welche in Gütergemeinschaft leben, einen aus ihrer Mitte als

---

[523]) Macieiowski IV S. 412—414, wo auch Belegstellen citirt sind. Vgl. ebendas. auch Bd. II S. 226 u. 228: das Rechtsverhältniss der in Gütergemeinschaft lebenden Brüder hiess: „ze na spolku siedza;" von der Theilung an hörten sie auf, spolecznicy (socii) zu sein und wurden dziedzice (heredes) und Herren (hospodar) des Vermögens. Die Erbtheilung erforderte, sofern sie das Zusammenleben faktisch fortsetzten, eine öffentliche Urkunde.

[524]) Macieiowski a. a. O.; Gierke, Genoss. III S. 821 N. 204.

[524a]) Czyhlarz, Zur Geschichte des ehelichen Güterrechts im böhmisch-mährischen Landrecht, 1883, und dazu Krosnopolski in Grünhut's Z. XI S. 450.

[525]) Post, Aufgaben S. 117.

[526]) Laveleye a. a. O. Gierke a. a. O. (Landesordnung v. 1627).

[527]) Vgl. über die systematische Stellung des litthauischen Rechts Post, Aufgaben S. 110.

Familienhaupt wählen und einen anderen als Krieger (Ritter) ernennen können, welcher zur Zeit der Noth im Namen der ganzen Familie unter die aufgewickelte Kriegsfahne sich stellen solle. Der Erstere musste als Hausherr alle Angelegenheiten der Familie besorgen;" er vertrat auch vor Gericht, und er wurde vorgeladen; nach der Theilung wurden dagegen alle, obschon sie zusammenwohnten, vorgeladen, eine Bestimmung, die uns an die Rechtsnormen von Einsiedeln und Skandinavien lebhaft erinnert[528]). Jedem der Familienglieder stand das Recht auf Theilung zu, die gerichtlich oder aussergerichtlich vollzogen, jedenfalls aber dem Gerichte angezeigt werden musste. Trotz erfolgter Theilung konnte das Zusammenleben fortgesetzt werden.

Bei Lebzeiten des Vaters bestand, wie in Böhmen, auch in Polen unitas personae zwischen Söhnen und Vater; dem Letzteren stand das unbeschränkte Verfügungsrecht zu[529]).

i) Endlich bestand auch bei den Russen erst allgemein, dann abgeschwächt, seit dem 17. Jahrhundert aber bis zur Bauern-Emancipation wieder fast überall bei den Leibeigenen die Hausgenossenschaft[529a]). Hausvorsteher ist der Grossvater oder älteste Bruder, doch kann bei Untüchtigkeit desselben auch ein anderes Familienmitglied, selbst eine tüchtige Frau diese Stellung einnehmen. Er führt den Namen khozain, chasjain (Wirth), in einigen Districten bolshoth (le grand personage, le gros[529b]). Kauf und andere wichtige Geschäfte sind an die Zustimmung Aller gebunden. Aller Verdienst fliesst in die vom Wirth verwaltete Kasse; selbst die Jahre lang auswärts lebenden Familienglieder pflegen alles, was sie nicht zum Lebensunterhalt dringend brauchen, an den bolshott einzuschicken. Das

---

[528]) Vgl. oben S. 43 u. 77; auf die allgemeine Aehnlichkeit des litthauischen und skandinavischen Rechts weist Macieiowski III S. 432 hin.

[529]) Macieiowski II S. 226.

[529a]) Vgl. Keussler a. a. O.

[529b]) Laveleye in der Rev. d'écon. polit. II S. 351 ff.

Accrescenzrecht besteht auch hier; unter Ausschluss der verheiratheten Töchter und abgeschichteten Söhne erhalten die Hausmitglieder den Nachlass, und zwar, wie Lehr treffend sagt, „bien moins à titre d'héritier qu'à titre de copropriétaire“ [530]); oder wie Wallace [531]) sich ausdrückt: „sie erben nicht, wenn der chasjain stirbt und das Hauswesen aufgelöst wird, sondern sie kommen in den persönlichen Besitz dessen, was ihnen bisher gemeinsam gehört hatte.“

Das Recht, Theilung zu verlangen, steht auch in Russland Jedem der „in einem Brote Lebenden“ zu [532]).

Nach Jefimenko [533]) hiess der grosse Hof, in welchem Brüder, Vettern, Oheime und Neffen unter Leitung des Aeltesten oder eines gewählten Hauptes zusammen wirthschaften, pesciszcze (Heerdhof, Ofen, von Feuerheerd abstammend), in Südrussland vielleicht ogniszcze, Feuerheerd.

Durch Veräusserung einzelner Antheile [534]) sind zuweilen auch Nichtblutsverwandte zu Mitgliedern dieser Hausgenossenschaft geworden, ja es wurden auch durch Verträge solche Vereinigungen abgeschlossen (sog. skladstwo: Einlegungen); die Theilnehmer heissen Einleger (skladnik). Die pesciszcze zerfielen mit der Zeit in 2—6 Höfe, für deren Gesammtheit das Wort derewnja (Dorf) üblich wurde.

---

[530]) Laveleye, Revue II S. 252; Lehr I S. 69 N. 3; Engelmann, Die Leibeigenschaft in Russland, 1884, S. 4. Vgl. auch Ewers S. 17 u. 48.

[531]) Wallace S. 109, vgl. auch 105, 140, 157 ff. (bei Leist I S. 502 N. 3)

[532]) Lehr I S. 476. Keussler a. a. O. (Pskow'sches Gerichtsbuch aus dem 14. Jahrhundert).

[533]) Vgl. Engelmann a. a. O. S. 4 ff., der jedoch S. 7 ff. in dem Heerdhof den Typus des russischen Einzeleigenthums sieht.

[534]) Aus diesem Antheilsbesitz soll sich nach Jefimenko sowohl das Einzeleigenthum, als der Gesammtbesitz der Gemeinde entwickelt haben, doch habe der Antheilbesitz dem Gesammtbesitz näher gestanden als dem Einzelbesitz. Dagegen sieht Engelmann S. 8 im Antheilbesitz den ungetheilten Erbenbesitz, der sich nur zum Einzeleigenthum entwickelt habe.

So wenig die indische kutumba mit der Dorfgemeinschaft, so wenig ist die russische Hauscommunion mit Gemeindecommunion und dem Mir identisch[535]. Es ist übrigens bestritten, ob aus dem Gemeindeeigenthum durch Vertheilung an einzelne Familien sich die Hauscommunion entwickelt habe, oder ob durch Vereinigung mehrerer Hauscommunionen die Gemeinden entstanden sind. Für die erstere Ansicht haben sich Žujović und Borisavljewić, für die zweite Savić und Radosavljević erklärt, während Radulowits S. 8 der sehr probabeln dritten Meinung ist, dass beide Institute sich unabhängig von einander aus dem Hang zu geschlossenem familienhaften Gemeinschaftsleben entwickelt haben[536].

Jetzt besteht die russische Hausgenossenschaft nur noch vereinzelt, so in den grossrussischen Gouvernements Kursk, Saratow und Orel[537].

§ 18.

Die Codificationen. Der Schweizer Vorentwurf. De lege ferenda.

Die vorstehende rechtsvergleichende Ueberschau, die übrigens weder vollständig sein will noch kann[538], ergiebt

---

[535]) Diese beiden Institute, Gemeindecommunion und Mir, unterscheiden sich nach Žujowić und Borisavljewić nur dadurch, dass für die periodische Neuvertheilung des Grund und Bodens bei der Gemeindecommunion die Kopfzahl der Familie, bei dem Mir aber die Zahl der arbeitsfähigen Mitglieder derselben zu Grunde gelegt wird, Radulovits S. 6 u. 7. Vgl. über den Mir auch Laveleye S. 9 ff. Lehr I S. 219 ff. Keussler a. a. O. und die dort Citirten.

[536]) Bei der Berathung des kroatischen Gesetzes von 1887 wurde vom Deputirten Miskatović freimüthig erklärt, dass er nicht wisse, wie das Volk zur Gründung von Hauscommunionen gelangt sei. Miler S. 200.

[537]) Post I S. 126 N. 4, 200 N. 2, 217 N. 1. Kovalewski, tableau des origines et de l'évolution de la famille, 1890, p. 65, 66.

[538]) Hausgenossenschaften finden sich z. B. auch bei dem Kaukasusvolk der Chewsuren (Post I S. 134), in Aragonien und Galizien (Post

mit Sicherheit, dass das einst universelle Institut der Hausgenossenschaft bei den Kulturvölkern der Gegenwart im entschiedensten Rückgange begriffen ist. Selbst bei den Südslaven „siecht es langsam, aber sicher dahin“ [539]). In Serbien allein haben sich — wohl in Folge der erleichterten Theilungsvorschriften und des zunehmenden Individualismus — in den Jahren 1861—1867 jährlich gegen 1700 Hauscommunionen aufgelöst [540]). Im Jahre 1874 hat man in Kroatien sogar die Neukreirung derselben verboten [541]). In der welschen Schweiz ist nach den mitgetheilten Berichten (oben S. 27) die Gemeinderschaft entschieden im Absterben begriffen; in der Ostschweiz betrug der jährliche Zuwachs noch nicht sechs im Jahr.

Den neueren Codificationen ist die Gemeinderschaft unbekannt.

Das preussische Landrecht hat die allgemeine Vermögensgemeinschaft nur unter Ehegatten zugelassen. Die Erbengemeinschaft ist zwar anerkannt und von der herrschenden Theorie und Praxis nach den Grundsätzen der deutschrechtlichen gesammten Hand gestaltet worden, doch immerhin nur in unvollkommener Weise; denn während der Miterbe vor der Theilung über die einzelnen Nachlassgegenstände allein nicht verfügen kann, ist ihm, inconsequent genug, die Verfügungsgewalt über seinen Antheil am Gesammtnachlass gestattet [542]).

S. 126 N. 4 citirt J. Costa, Derecho consuetudinario del alto Aragon, Madrid 1886), und bis 1862 auch in den sog. Haudörfern (deutschen Kolonien bei Cremnitz und im Dorf Tergenye in Ungarn (Rhamm bei Laveleye, Revue d'écon. polit. II); über Ungarn vgl. auch Macieiowski IV S. 408.

[539]) Dies räumt selbst Miler S. 199 ein, obschon er S. 201 die Ansicht Laveleye's: „qu'il faut se hâter si l'on veut voir encore en vie cette constitution si intéressante de la famille antique“, als verfrüht bezeichnet.

[540]) Radulowits S. 37: von 1861—1863 4469 Theilungen, von 1865—1867 ist die Zahl auf 5024 gestiegen.

[541]) Miler S. 205, Ges. v. 3. März 1874 § 2.

[542]) A. L. R. I, 17 §§ 4. 115 ff. Dernburg, Lehrb. des Prss. Pr. R. III

Der französische Code steht, wie bereits oben angedeutet, der Gemeinderschaft feindlich gegenüber [543]).

Auch das neue Deutsche Bürgerl. Gesetzbuch kennt das Institut nicht. Schon Gierke hat bezüglich des Entwurfs darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit einer vertragsmässigen Begründung einer Gemeinderschaft, wie sie in der Schweiz vorkommt, ausgeschlossen sei [544]), und das gilt auch wohl von dem zu Stande gekommenen Gesetzbuch. Die societas omnium bonorum ist durch die Nichtigkeitserklärung der Uebertragung des künftigen Vermögens (§ 310) beseitigt [545]).

Die Erbengemeinschaft ist zwar schliesslich besser geregelt als im ersten Entwurf, der sich dem gemeinschaftsfeindlichen gemeinen Rechte angeschlossen hatte, aber das Gesammtverhältniss der Miterben ist doch aus Billigkeitsgründen und, weil es sich um einen vorübergehenden Zustand handelt, durch § 2033 nur in jener Halbheit anerkannt, in der ihn das Preussische Recht ausgebildet hat [546]). Das Recht, die Auseinandersetzung zu verlangen, steht jedem Miterben principiell jederzeit zu (§ 2042). Durch Testament des Erblassers lässt sich allerdings nach § 2044 die Auseinander-

---

4. Aufl. 1896 S. 701 bei N. 9, 703--705, Motive z. B. G.B. V S. 527, 529. Strützki, in den Vhdlgn. des 20. Juristentags I S. 143, Cosak ebendas. S. 215, Reatz ebendas. IV S. 290, 291, Eck ebendas. IV S. 304, derselbe, Die Rechtstellung der Erben in Bekker u. Fischer, Beiträge z. Erl. d. Entwurfs, Heft 17, 1890, S. 42. Aehnlich das Oesterr. A. B. G.B.

543) C. c. 1834, 1837 Abs. 2; 815, 883, 1220 Abs. 2. Vgl. auch oben bei N. 481.

544) Gierke, Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe in dem Entwurf (in Bekker u. Fischer, Beitr. H. 18, 1889, S. 83 N. 99).

545) Schollmeyer, Das Recht des B. G.B. in Einzeldarstellungen. Das Obligationenrecht, Specieller Theil S. 72. Planck, Comm. zu § 310, II S. 83. Endemann, Einführung, 3. Aufl., S. 430.

546) Strohal, Das deutsche Erbrecht, nach dem B. G.B. S. 120 u. 121, Reatz, 2. Lesung, S. 330 ff. N. 2, Denkschrift S. 277, Hachenburg, Vortr. S. 419, Verhandlungen des 20. Juristentags I S. 81 (Munk) 132 ff. (Strützki) 207 ff. (Cosack) u. IV 289 ff. (Reatz, Wilmowski, Eck, Hellwig, Enneccerus).

setzung des Nachlasses bis zum Maximum von 30 Jahren oder bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses in der Person eines Miterben rechtsverbindlich hinausschieben[547]); durch Vertrag der Miterben (§ 749 Abs. 2) sogar für immer[548]). Aber auch in diesen Ausnahmsfällen ist eine wirkliche Gemeinderschaft nicht gesichert; denn einerseits kann aus wichtigen Gründen ohne Einhaltung jener testamentarischen oder vertragsmässigen Frist die Aufhebung der Erbengemeinschaft von jedem Miterben und auch von seinem Gläubiger (§§ 749 Abs. 2, 751, 2044) gefordert werden; andererseits und hauptsächlich bezieht sich diese Erbengemeinschaft aber doch immer nur auf den Nachlass, nicht auf den künftigen Erwerb der Miterben[549]). Der gegenseitige Erbvertrag endlich, der ja ohne Beschränkung auf Ehegatten und Verlobte vom B. G.B. zugelassen ist, könnte allerdings zu einem der Accrescenz unter Gemeindern ähnlichen Resultate führen, aber doch immer nur unter Vorbehalt des Anfechtungsrechts der Pflichttheilsberechtigten (§§ 2281, 2079), und ohne dass er die gemeinsame Wirthschaft auf Gedeih und Verderb unter Lebenden zur Folge hätte.

Um so überraschender ist es, dass der kürzlich (ohne Motive) veröffentlichte Vorentwurf eines einheitlichen Schweizerischen Civilgesetzbuchs[550]) — derselbe ist von Prof. Dr. Eugen Huber in Bern verfasst und von einer fünfgliederigen Commission berathen worden — der Gemeinderschaft sehr freund-

---

547) Mot. V S. 688. Auch hier folgt das B. G.B. meist dem Vorbild des Prss. L. R. I 17 § 121. Vgl. Dernburg III S. 723 N. 8. — Das Sächs. B. G.B. § 2346 lässt das Verbot des Erblassers gegenüber den Erben nur auf 20 Jahre wirksam sein. Mot. V S. 688 ff.

548) Hachenburg S. 421 ff. Barre, Code civ. u. B. G.B. S. 114.

549) Von der fortgesetzten Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Abkömmlingen des Verstorbenen § 1483 ff. ist, wie in dem ganzen Vortrag, auch hier abgesehen.

550) Vorentwurf. Bundesgesetz über das Privatrecht. Schweiz. Civilgesetzbuch 1. und 2. Theil. Personen- und Familienrecht (publicirt durch den Vorsteher des eidgenöss. Justiz- und Polizeidepartements, Bern, den 5. Decbr. 1896).

lich gegenüber steht. Dieser Entwurf ist in deutscher und französischer Sprache abgefasst, beide Texte divergiren zuweilen bedenklich[551]). Die Gemeinderschaft oder, wie der französische Text sie nennt, l'indivision ist nicht, wie von Huber ursprünglich beabsichtigt, im Erbrecht, sondern im 2. Theil (Familienrecht) Tit. 9 (Familiengemeinschaft) Abschn. 3 (das Familienvermögen) sub B in 13 Paragraphen, §§ 360—372, behandelt.

Danach kann ein Vermögen dauernd mit einer Familie auf doppelte Weise verbunden werden: entweder indem „Verwandte eine Erbschaft ungetheilt als Gemeinderschaftsgut fortbestehen lassen, oder dadurch, dass sie ihr Vermögen zu einer Gemeinderschaft zusammenlegen." Der Errichtungsact[552]) bedarf zur Giltigkeit notarieller Form und zur Wirksamkeit gegen Dritte überdies noch der Eintragung ins Handelsregister. Das Vermögen der Gemeinderschaft ist nach dem deutschen Text des Art. 366 Abs. 1 „Gesammtgut aller Gemeinder"; dem französischen Text fehlt ein entsprechender Ausdruck. Sondergut ist statthaft. Es werden zwei Arten unterschieden: a) die volle Wirthschaftsgemeinderschaft (avec exploitation commune), — sie ist die Regel — und b) die blosse Ertrags-Gemeinderschaft (indivision en participation) — sie ist die Ausnahme. Jene, die Gemeinderschaft mit gemeinsamer Wirthschaft, wird entweder von allen Gemeindern gemeinsam oder durch ein im Vertrage bestimmtes Haupt (chef) geleitet; bei dieser, der blossen Ertrags-Gemeinder-

---

551) Vgl. z. B. Art. 364 Abs. 2. Der deutsche Text spricht allgemein von Vertrag, der französische nur vom acte de fondation. Vgl. auch Art. 361 (unter N. 552), Art. 336 u. 368, wo „Abfindung" durch „liquidation de ses droits" doch wohl recht frei wiedergegeben ist. Vgl. über das vieldeutige Wort Abfindung Stobbe, D. Privatrecht V S. 42, 97 u. 401.

552) Die Gemeinderschaft entsteht auch unter Miterben nicht ipso facto; das ergiebt sich aus dem französischen Text Art. 361 schärfer, als aus dem deutschen.

schaft, ist — unter Aufhebung der gemeinsamen Wirthschaft — die gesammte Bewirthschaftung des Gemeinschaftsguts und die Vertretung einem Einzigen unter ihnen, dem sog. Uebernehmer (gérant) übertragen, der jedem Gemeinder jährlich einen Kopftheil vom Reingewinn zu entrichten hat. Beide Arten der Gemeinderschaft können auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geschlossen und in letzterem Falle von jedem Gemeinder mit 6monatlicher Frist gekündigt werden; sie sind auch sonst leicht löslich, insbesondere ex justa causa durch den Richter, z. B. auch wegen Misswirthschaft des Uebernehmers bei der Erwerbs-Gemeinderschaft. Die Liquidation erfolgt ex nunc. Die Aufhebung in Folge Kündigung kann durch Abfindung (liquidation des droits) abgewendet werden; wie diese Abfindung in Streitfällen zu bemessen ist, wird nicht angegeben. Erben, die nicht in der Gemeinderschaft stehen, haben nur auf diese Abfindung Anspruch; Leibeserben treten mit Zustimmung der Gemeinder an Stelle des Erblassers.

Dieser Vorentwurf hat in der Literatur bisher noch nicht diejenige Beachtung gefunden, die er um seiner vielen Vorzüge willen verdient. Von deutschen Schriften dürften bezüglich der Gemeinderschaftsvorschläge ausser der oft ererwähnten Arbeit, die aus dem Gierke'schen Seminar hervorgegangen[553]) und die den Vorschlägen zur Förderung der Gemeinderschaft höchst sympathisch gegenübersteht, wohl nur die Anzeigen Laband's[554]) und Ehrlich's[555]) in Betracht

[553]) Max Huber, passim, besonders über die Ertragsgemeinderschaft S. 16, 20, 28, 37, 55, 92.

[554]) Laband i. d. D. Juristen-Zeitung v. 1. April 1897.

[555]) E. Ehrlich in Braun's Archiv für soziale Gesetzgebung IX S. 174—186, besonders 181 ff. Ehrlich bespricht übrigens nicht den N. 550 citirten Vorentwurf des Personen- und Familienrechtes, sondern den noch nicht publicirten „Erbrechtsentwurf", soweit über denselben die Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins v. 23. Septbr. 1895 (in Z. f. S. R. XXXVI S. 553 ff.) und die im Text angeführten Huber-schen „Betrachtungen" Aufschluss geben. Vgl. auch unten N. 584.

kommen. Laband meint, dass, da dem Entwurf keine Motive beigegeben sind, nicht ersichtlich sei, inwieweit diese Wiedererweckung der Ganerbschaft in der Schweiz einem praktischen Bedürfniss entspricht und eine praktische Anwendung erwarten lasse. In gewisser Weise wird das Fehlen der Motive ersetzt durch eine im Jahre 1895 erschienene Schrift des Prof. Huber, die sich „Betrachtungen über die Vereinheitlichung des Schweiz. Erbrechts" nennt und sich bei Besprechung des bäuerlichen Erbrechts auch mit unserem Institut de lege ferenda beschäftigt (S. 37 u. 57—67). Nach eben diesen „Betrachtungen" soll die Ertrags-Gemeinderschaft sogar im später abzufassenden Schweizer Erbrecht den Miterben mittelst „gelinden Zwanges" „octroyirt" werden für den Fall, dass das Gut bei Anwendung der gewöhnlichen Erbtheilungsregeln über 2/3 des Ertragswerths hinaus überschuldet oder zerstückelt oder veräussert werden müsste. Doch sind diese Vorschläge, die die volle Zustimmung des Berner Prof. Rossel gefunden haben [556]), noch nicht zu Entwurfsparagraphen verdichtet.

Fragen wir uns nun, ob der schweizerische Gesetzgeber mit dieser Begünstigung der Gemeinderschaft das Richtige getroffen, so hängt die Beantwortung von unserem Gesammturtheil über die Vortheile und Nachtheile der Hausgenossenschaft ab. Die Hausgenossenschaft hat ebenso scharfe Verurtheilung wie beredte Vertheidigung gefunden. Unter ihren Gegnern haben wir bereits S. 85 Beaumanoir, S. 91 Vilard und die Provinzialstände von Berry angeführt. Auch in den Kantonen von Neuenburg, Freiburg und Zürich fehlt es nicht an gemeinderschaftsfeindlichen Stimmen [557]). Zu ihren

---

[556]) Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins a. a. O. S. 603.

[557]) Vgl. Jacottet a. a. O. S. 761: „L'indivision est un état contraire à l'intérêt général et à l'intérêt bien entendu des indivis. Aussi la loi en restreint-elle la durée." Schneider, Commentar § 553 N. 1. In der Sitzung d. Zürcher Gesetzgebungs-Commission (v. 16. Juni 1886) wurde von einer Seite auch die Aufhebung der Gemeinderschaft gewünscht. (Nach freundl. Mittheilung des Redactors Prof. Dr. Schneider.) Freiburg,

glühendsten Lobrednern gehören alle namhaften Südslaven[558]), gehören auch Coquille[559]), Lebrun[560]), Pothier, Laveleye, Cheverry und Alb. Rivière, gehören beide Huber und Lujo Brentano.

Was wird der Gemeinderschaft vorgeworfen?

Wie jede communio eine mater rixarum[561]), sei die Gemeinderschaft auch ein Anlass zu Streit und Hader. Ein schweizerisches, besonders Schaffhausener und Glarner Sprüchwort sagt geradezu: „Theil und gemein ist unrein" [562]). In der That fehlt es nicht an Beispielen von Gemeinderschaftsmisshelligkeiten; auf einen Zürcher Process ist in dieser Hinsicht schon früher hingewiesen worden. Auch in der Lombardei[563]), Russland[564]) und bei den Südslaven[565]) wird namentlich über den

---

procès verbal de la commiss. légist. du 25. Févr. 1834 Vol. II p. 972. — Herr Prof. Gottofrey in Freiburg schreibt mir am 30. Decbr. 1897: „Cette institution ... n'a passé dans notre Code civil qu' à la suite d'une vive opposition. Actuellement elle a encore de nombreux adversaires."

[558]) Mit Ausnahme von Haf. Vgl. Miler S. 201.

[559]) Coquille, Questions sur les Cout. de Nivernais ch. 6 (der ganze Passus ist abgedruckt bei Troplong p. XLII—XIV). Vgl. auch Dunod, Legrand d'Aussy, Dupin, Daniol, Leplay bei Laveleye S. 397 bis 405.

[560]) „Elles favorisaient le développement le l'aisance dans les classes inférieures" (a. a. O. S. 17).

[561]) Vgl. Troplong S. 197 und die von ihm citirten Henrys und Duparc-Poullain. Vgl. auch Geschoff a. a. O. und Heusler I S. 246, übrigens auch Huber, Betrachtungen S. 57.

[562]) Nach den Zetteln des Idiotikon.

[563]) Jacini S. 183: „Le donne, che sono per natura tolleranti in riguardo all' altro sesso, ma che in ogni ceto abborrono dall' obbedire ad altre donne, dal che il proverbio:

„Suocera e nuora
Tempesta e gragnuora."

eccitavano lo spirito di insubordinazione dei mariti. Scuotere il giogo della „massara", questo era il più fervido voto dei loro cuori."

[564]) Wallace p. 136, 146 bei Laveleye, Revue II S. 352: „ce sont surtout les rivalités féminines, qui provoquent la zizanie et la séparation."

[565]) Geschoff a. a. O.: La rivalité des femmes, quand le principe

hässlichsten, bittersten Frauenzank geklagt und in diesem eine hauptsächliche Ursache für das Absterben der Hausgenossenschaft gefunden. Aber jenes Argument ist gewiss nicht durchschlagend; mit demselben Recht oder vielmehr Unrecht könnte man den Satz „communio mater rixarum“ gegen das Institut der Handelsgesellschaften, ja der Gesellschaft überhaupt und schliesslich selbst gegen die Ehe geltend machen.

Weitere Vorwürfe sind, dass die Gemeinderschaft zur Uebervortheilung des fleissigen und nur für die Communion thätigen Gemeinders durch die trägeren oder auf Nebenerwerb ausgehenden Verwandten führe, ganz abgesehen von der Möglichkeit ungleichmässiger Arbeitsvertheilung an die Einzelnen durch ein parteiisches Haupt des Hauses. Sie beschränke überhaupt die Freiheit der Mitglieder hinsichtlich ihrer Person und ihres Vermögens in unerträglicher Weise, hindere den Einzelnen, seine höhere Begabung zur Geltung zu bringen und als selbstverantwortlicher Unternehmer seine Kenntnisse und Fähigkeiten wirthschaftlich auszunützen[566]. Der Gedanke, für die Genossenschaft, auch für die Faulen arbeiten zu müssen, hemme die Arbeitslust des Einzelnen; „mit viel Armen werde wenig Arbeit gethan[567],“ eine Behauptung, der Radulowits mit Recht entgegen gehalten hat, dass der Einzelne doch auch mit dem Bewusstsein arbeite, dass die Früchte seiner Arbeit seiner Frau und nach seinem Tode auch seinen Kindern zu Gute kommen[568].

---

d'autorité s'affaiblit. Vgl. auch die von Aćimović S. 113 mitgetheilte Adoptionsurkunde, die wörtlich sagt: „Wenn jedoch unsere Frauen, das ist die Adoptivmutter und die Schwiegermutter, sich nicht vertragen sollten, wie dies bei uns gang und gäbe (!) ist, so werde ich ihn absondern und ihm die Hälfte meines Vermögens geben.“

566) Radulowits S. 31. Ueber die Willkür des russischen Hausvorstandes vgl. Wallace bei Leist, Altarisches j. civile, I S. 502 N. 5.

567) Rapport adressé à l'assemblée provinciale du Berry 1783: „avec beaucoup de bras il se fait très peu d'ouvrage“. Beaune S. 582 N. 3.

568) Vgl. Radulowits a. a. O.

Man hat auch gerügt, dass sie zuweilen zur Schädigung der Gläubiger diene[569]. Die Gemeinder, so heisst es im Rapport der assemblée von Berry, lieferten ihre Gewinne nicht richtig an den maître ab und liessen denselben ohne das für die nöthigsten Anschaffungen erforderliche Geld; mache der maître Auslagen ex propriis, so entschädigten ihn die comparsonniers nicht; sie versteckten ihr Geld et „prennent l'habitude de ne rien posséder". Ueberdies hindere die Vielköpfigkeit der Gemeinderschaft die rasche entschlossene Ausführung wichtiger Geschäfte, die über die Vertretungsmacht des Hauptes heraus gehen[570]. Endlich halte sie den Staat auf der Stufe des Agrikulturstaats zurück und hemme die Entwickelung der Industrie[571].

Auf der anderen Seite hat man die Hausgemeinschaft als institution tutélaire, als palladium de la prospérité nationale gefeiert[572], hat man ihr die höchsten ethischen und ökonomischen Vorzüge nachgerühmt, und in der That, die Vorzüge überwiegen die der Gemeinderschaft anhaftenden Nachtheile.

Die Gemeinderschaft unterhält und kräftigt das Familiengefühl, die gegenseitige Dienstwilligkeit, die freiwillige Selbstbeschränkung sowie die Anhänglichkeit an die Heimath und die alte Sitte[573]. Oft fördert sie auch die frühzeitige Heirath[573a], sie verhindert den Wirthshausbesuch und vermindert,

---

569) Lebrun Ch. 2 N. 1, Troplong a. a. O. Beaune a. a. O.

570) Radulowits S. 31.

571) Ein Argument, das durch die oben S. 86 erwähnte Fabrikation von Messerwaaren der Gemeinderschaften in der Umgegend von Thiers nicht gerade bestätigt wird; vgl. auch die S. 94 erwähnte Sälzergemeinderschaft.

572) Rivière a. a. O.

573) Vgl. Shek S. 58, Geschoff u. Rhamm bei Laveleye, Revue II S. 350 u. 363, auch die poetische Schilderung, die Kanitz Serbien S. 21 giebt, und die Laveleye-Bücher S. 375 N. 1 abdruckt.

573a) Freilich nicht überall; von Freiburg i. Ue. schreibt Herr Professor Gottofrey gerade das Gegentheil: „on lui reproche . . . de ne pas pousser au mariage."

da fast Jedermann das hat, was er für seine Ernährungsbedürfnisse braucht, und da der Einzelne sich auch unter der stillen Ueberwachung seiner Hausgenossen befindet, die Criminalität. Das letztere ergiebt sich aus der Statistik der verschiedenen österr.-ungar. Kronlande; hiernach betrug im Jahre 1856 bei annähernd gleicher Bevölkerungszahl die Zahl der Straffälle in Tyrol fast das Doppelte, in Steiermark mehr als das Doppelte, in Oesterr.-Schlesien mit halb so viel Einwohnern sogar fast das Fünffache der Straffälle in Kroatien und Slavonien; in Serbien ist mit der fortschreitenden Auflösung der Zadrugen die Zahl der Verbrechen, namentlich der Diebstähle, erheblich gestiegen [574]).

Die Gemeinschaft verfügt über mehr Capital und besonders über grösseren Kredit als die einzelnen Mitglieder, kann daher eher zu Meliorationen und intensivem Betrieb schreiten als die isolirt Wirthschaftenden [575]).

Sie macht öffentliche Wohlthätigkeitsanstalten mehr oder minder überflüssig. Bei den Südslaven soll man weder Armenämter, noch Armensteuer brauchen [576]); die Gemeinschaft sorgt für die Bedürfnisse der Waisen, der Kranken, der Greise und der zum Heeresdienst Einberufenen; Jeder müsse arbeiten, Jeder sei aber auch der Unterstützung durch die Anderen gewiss; es gelte der Grundsatz: Jeder nach seinen Kräften, Jedem nach seinem Bedürfniss [577]).

Man rühmt unserem Institut weiter nach, dass es auch den Wohlstand durch Arbeitstheilung, durch Ersparung von Zeit und Kraft vermehre; Jeder sei zugleich Arbeiter und Unternehmer; die Kosten der einen gemeinsamen Wirthschaft seien naturgemäss geringer, als die von mehreren getrennten [578]).

---

[574]) Radulowits S. 25 ff. nach Utješenović (S. 151), Borisavljević u. Žujović (S. 415).

[575]) Radulowits a. a. O.

[576]) Laveleye S. 383.

[577]) Geschoff bei Laveleye, Revue S. 362.

[578]) Rhamm bei Laveleye, Revue II S. 350.

Zu diesen Vortheilen trete noch die Erleichterung und grössere Sicherung der Steuererhebung für Staat und Gemeinde.

Endlich und hauptsächlich wird durch die Gemeinderschaft die ruinöse Zersplitterung des Grundbesitzes vermieden; sie ermöglicht es, die Theilung zu verschieben, bis dieselbe ohne wesentliche Schädigung der Wirthschaft vorgenommen werden kann. Während nach dem Erfahrungssatze:

„Getheiltes Gut
Kommt nicht auf die vierte Brut“ [579])

die Grundstücke in Folge der Erbtheilung nur zu schnell aus der Familie verschwinden, ermöglicht es die Gemeinderschaft, ohne doch, wie das Anerbenrecht, gegen einzelne Geschwister unbillig zu sein, auch nach dem Tode des Familienvaters das, was zusammen gehörte, weiter zusammen zu halten.

Dass mit der Auftheilung die wirthschaftliche Lage der einstigen Gemeinder sich verschlechtert hat, bekunden die Sprichwörter [580]) verschiedener Nationen und zahlreiche Berichte über die aufgelösten Gemeinderschaften. Auch in Welsch-Tyrol hat Brentano auf seine Frage, woher es komme, dass die italienischen Bauern in Tyrol immer mehr gegen den Norden vordrängen, von dem intelligenten Haupt einer Gemeinschaft die charakteristische Antwort erhalten: „Die Deutschen können nicht zusammen hausen; wenn ein deutscher Bauer abgeht, findet stets eine Vermögensauseinandersetzung unter den Kindern statt, und dann gehen die Bauern zu Grunde; wir Italiener bleiben, so lange es geht, bei einander [580a]).“

---

579) Schneider u. Feller, Anerbenrecht p. 4. Vgl. auch Graf u. Dietherr S. 108: Getheiltes Feuer währt nicht allzulange.

580) Laveleye S. 376: „Das Elend kommt erst,“ pflegt man zu sagen, „wenn die Gemeinschaften sich auflösen.“ „Die gesonderte Familie hat mehr Leid als Freud,“ sagt das Sprichwort. Vgl. auch oben N. 371 den skand. Satz, dass beisammen Brudergut das Beste ist.

580a) Brentano a. a. O. S. 56.

Eine gewisse Härte der Gemeinderschaft ist es nun freilich, dass das Accrescenzrecht der Gemeinder dem Erbrecht der gleich nahen oder näheren Verwandten ausserhalb der Gemeinderschaft vorangeht. Aber was die Geschwister und entferntere Verwandte anlangt, so hat ja die neuere Gesetzgebung ihr Pflichttheilsrecht zumeist beseitigt, und es ist nicht abzusehen, warum nicht durch Gemeinderschaft ihnen dasselbe sollte entzogen werden können, was man im Wege des Testaments oder Erbvertrags ihnen vollständig entziehen kann. Was die Kinder betrifft, so pflegen dieselben das Elternhaus zumeist wohl nicht ohne Abfindung oder Ausstattung zu verlassen; auch dürfte mit dem Verlassen des Elternhauses wohl nicht ganz selten ein Erbverzicht sich verbinden. Im Allgemeinen trifft wohl überhaupt auch noch heute für die Accrescenz der Grund zu, den im Jahre 1543 der Landvogt der schweizerischen gemeinen Herrschaft Baden der eidgenössischen Tagsatzung zu Gunsten der ungetheilten Gemeinder anführte, dass sie nämlich „einander geholfen haben, die Güter zu bauen, dass sie im Fall der Armuth mitleiden und die Schulden bezahlen müssen, ohne Beihülfe derjenigen Geschwister, die sich abgesondert haben und für sich und ihre Kinder haushalten“[581]). Das Accrescenzrecht ist eben das Aequivalent der gegenseitigen Hingabe und Mühe. Uebrigens hat der Vorentwurf die Härten des Accrescenzrechts dadurch erheblich gemindert, dass er den nicht in der Gemeinderschaft stehenden Erben eine Abfindung zuspricht, deren Höhe allerdings nicht näher bestimmt wird.

Können wir es nach alledem nur für berechtigt erachten, dass der Schweizer Vorentwurf die Gemeinderschaft aufgenommen, im Ganzen angemessen geregelt[582]) und das

---

[581]) Amtliche Ausgabe der älteren Eidgenössischen Abschiede, Bd. IV, 1 d, S. 238.

[582]) Im Hinblick auf die Bedeutung und die Gefahren des Instituts dürfte sich vielleicht, wie in Zürich und Einsiedeln, gerichtliche Con-

Rechtsleben nicht um ein bei manchen Gefahren doch im Grunde höchst wohlthätiges Institut verkümmert hat, so scheint uns andererseits doch die vom Redacteur für das künftige Erbrecht projectirte zwangsweise Ertrags-Gemeinderschaft, l'indivision légale, wie Rossel sie nennt[583]), zu weit zu gehen. Eine Genossenschaft, die die Miterben widerwillig schliessen, wird keine lange Dauer haben. Erzwungenes Band hat kaum Bestand! Und wenn man selbst das halbjährige Kündigungsrecht den Zwangsgemeindern versagen wollte, so wird aus Zwist und Hader der erzwungenen Gemeinderschaft wohl schnell genug eine justa causa zur Aufhebung nach Art. 367 Abs. 5 und Art. 372 Abs. 1 u. 3 erwachsen.

Eine andere Frage ist es, ob der schweizerische Gesetzgeber die Zahl der freiwilligen Gemeinderschaften durch seine Fürsorge wirklich erheblich vermehren wird. Das ist kaum zu hoffen[584]). Man kann es bedauern, aber man muss es doch bekennen, dass die Richtung der Zeit den allgemeinen Gesellschaften abhold ist[585]); die Erfahrungen Frankreichs, Serbiens und der welschen Kantone lassen darüber kaum einen Zweifel aufkommen. Die Devise der Miterben insbesondere lautet nun einmal in der Gegenwart, wie in Rom, wenn ich mich eines Eck'schen Wortes bedienen darf[586]): „Los von der Gemein-

---

firmation des Gemeinderschaftsvertrages nach Anhörung der Pflichttheilsberechtigten empfehlen, vgl. oben S. 7 u. 29, auch das alte Erbrecht der Stadt Zürich v. 1716, 3. Teil, XIII S. 45. Auch das neue B. G.B. kennt Fälle gerichtlicher Bestätigung; vgl. Cosack, Lehrbuch des D. bürg. Rechts, 1897, S. 186.

583) A. a. O. S. 603. Vgl. bezüglich des Namens auch oben S. 45.

584) So auch bezüglich der regelmässigen Gemeinderschaften Ehrlich S. 183, dem dagegen die Ertrags-Gemeinderschaft „in hohem Grade lebensfähig zu sein scheint“.

585) Vgl. auch Poisnel S. 431. Dernburg II S. 658: „Die allgemeinen Gesellschaften, welche die Urformen der Gesellschaften bildeten, haben sich im Wesentlichen überlebt.“

586) Eck, Stellung des Erben S. 41.

schaft.“ Der Auflösungsprocess der Gemeinderschaft dürfte wohl ein klein wenig durch den Schweizer Entwurf, wenn er Gesetz wird, verlangsamt werden, und das ist ja immerhin auch ein Gewinn; aber diesen Process ganz zum Stillstand zu bringen, geht über die Macht des Gesetzes. Das Gesetz allein kann die Sitte, kann den Gemeinschaftstrieb nicht schaffen, und ohne freiwilligen Zusammenschluss dürfte keine Gemeinschaft zum Segen gereichen.

Nachträge.

Zu S. 39. Die Gemeinderschaft findet sich auch im Stadtrecht von Bremgarten, Kanton Aargau; c. 42 Satz 3 lautet (bei Kurz und Weissenbach, Beiträge z. Gesch. und Literatur, I, Aarau, 1846, S. 245): „Si burgensem vel uxorem ejus relictis prius mori contigerit, postmodum uno puerorum mortuo alter (in) hereditate succedat, nisi prius divisa fuerint bona, tunc pater aut mater hereditatem possident.“ Das stimmt wörtlich mit c. 46 der Handfeste resp. c. 29 des Stadtrodels von Freiburg i. B. (vgl. oben N. 315). Das Bremgartener Stadtrecht ist nicht erst in den letzten Jahren des Königs Rudolf entstanden und 1309 bestätigt, wie gewöhnlich angenommen wird (vgl. Huber IV S. 169), sondern, wie soeben P. Schweizer, Festgaben für Büdinger, 1898, S. 13 erwiesen, um die Mitte des 13. Jahrhunderts geschrieben. Mit dem Bremgartener Recht kam vor 1309 auch diese Norm in die deutsche Handfeste der Stadt Aarau Art. 47 und später in deren erneuerte Stadtordnung vom 19. April 1572 c. 45 (Merz, Die Rechtsquellen des Kanton Aargau, 1898, S. 28 u. 255). Von Aarau wanderte auch diese Norm nach Sursee, Kanton Luzern (Rudolfina c. 54). Vgl. Huber IV S. 83, Merz S. 28, Z. f. S. R. XXIV S. 347). Das Accrescenzrecht der Kinder der Were ist auch in der Berner Handfeste Art. 46 u. 47 § 2 geregelt, vgl. Zeerleder, Festschrift zur VII. Säcularfeier der Gründung Berns, 1891, S. 79 u. 89; die Fassung weicht aber von Freiburg i. B. ab.

Zu S. 49. Vgl. noch die jura capituli constanciensis in homines predia et alia villa Altnow (Kanton Thurgau) v. J. 1454 in Schauberg's Z. für noch ungedruckte Schweiz. Rechtsquellen II S. 125: „wo ain ainigi hand ist, die git ainen lâss (vgl. auch Graf u. Dietherr,

Rechtssprichwörter S. 51 Nr. 178), wo aber recht lib erben sind, da gitt in der eltest ainen haupt vall.“ Ueber den Fall und den Freikauf vom Fall vgl. auch Kohler, Beiträge, Heft 3, Recht von Kadelburg, S. 41.

Zu S. 57, N. 260. Ueber die Hausgenossenschaft bei den Rajputen vgl. Kohler in Z. f. vergl. R.-W. VIII S. 100 ff., Maine in Nineteenth Century, 1878, Miler a. a. O. S. 200.

Zu S. 116. Ueber den Schweizerischen Vorentwurf erschien während der Correctur dieser Blätter eine umfangreiche Besprechung von Cäsar Barazetti, Der Vorentwurf zum 1. und 2. Theil des Schweiz. Civilgesetzbuchs, Bern, 1886; die Gemeinderschaften sind S. 252—258 behandelt.

II.

Ordal und Eid in Hinterindien.

Von

Kurt Klemm.

Ein gemeinsames Kulturniveau, der Buddhismus, verbindet die drei Völkerstämme, welche Hinterindien beherrschen, die Birmanen, die Tairasse (deren Hauptvertreter die Siamesen sind) und die Mon in Pegu und Annam. Ihre rechtlichen Institutionen gehen auf indische Quellen, wie Manu, Yâjñavalkya und Nârada, zurück [1]). Auch in Bezug auf Ordal und Eid lassen sich arische Quellen nachweisen. Das hat auch Gerini für das in Siam bis in den Anfang unseres Jahrhunderts geltende Gesetz über Ordale vom 4. Februar 1356 festgestellt [2]). Zum Theil auf dem Boden dieser buddhistischen Kultur ist eine Reihe von Rechtsgebräuchen erwachsen, welche den zahlreichen wilden oder halbwilden Völkerschaften eigenthümlich sind, die in verwandtschaftlicher Beziehung zu den oben genannten Völkern stehen. Unsere Aufgabe soll es sein, die Gebräuche zu schildern, durch welche jene kleinen

---

[1]) Forchhammer, Jardine Price Essay on Burmese Law. Rangoon 1885, S. 44—59. — [Ueber das birmanisch-indische Recht vgl. Kohler, Zeitschr. VI S. 161 f. K.]

[2]) Imp. and Asiatic Quarterly Rev. 2. series. IX Nr. 18, S. 415—424; X Nr. 19, S. 156—175. 1895.

Völkerstämme die Wahrheit ihrer Behauptungen zu erhärten oder die Zuverlässigkeit abgeschlossener Verträge zu erhöhen suchen.

Anhänger des Buddhismus sind die Völker der Tairasse, deren Hauptzweig, die Siamesen, von unserer Betrachtung ausgeschlossen bleiben. Zu ihnen gehören die Shan und die Khampti. Die Shanstaaten sind von dem grossen Königreich Pong abgesplittert und eng verwandt mit den Ahom, den ehemaligen Beherrschern von Asam. Nachdem im Jahre 1228 die Ahom unter Chukhapha das Thal des Brahmaputra erobert hatten, wurde im Jahre 1402 die Grenze zwischen Asam und Pong oder Nora festgesetzt. Bei Ratification des Vertrages kam eine weit verbreitete Form des Eides zur Anwendung, nach welcher das Grenzgebirge einen neuen Namen, Patkoi, erhielt. Die Vertreter des Ahomkönigs Chudangpha und seines südlichen Nachbars, des Norarâja Surumphai, schnitten nämlich bei dem bei dieser Gelegenheit gebrachten Opfer ein Huhn in zwei Hälften, um damit anzudeuten, dass der Uebertreter der Vereinbarung in gleicher Weise gestraft werden solle. Nach der Ceremonie pat koi seng kan, d. i. Eid unter Zerschneidung des Huhns, erhielt der Ort Nongyangpani den Namen Patkoi, der jetzt für den ganzen Complex von Bergzügen gilt, welche in jener Gegend zusammenstossen [3]). Vertreter des Volkes der Ahom leben noch in Asam, aber ihre Sprache ist nahezu ausgestorben.

Aehnliche Formen des Eides finden wir auch bei den wilden oder halbwilden Bergstämmen von Birma und Asam, den Chin, Lushai, Kuki und Nagâ.

Schwören heisst bei den nördlichen Chin „das Eidwasser trinken", nach dem Gebrauch, in solchem Falle Wasser zu trinken, welches über den Schädel eines Tigers gegossen

---

[3]) Peal in Journal of the Asiatic. Soc. of Bengal. 48 II, S. 75. — [Ueber diese Art des Ordals vgl. Kohler Z. VI S. 349 und Rechtsvergleichende Studien S. 208. K.]

worden ist[4]). Bei Abschluss eines Vertrages fassen beide Parteien einen Speer und stechen damit ein Schwein oder einen Büffel nieder. Darauf trinkt unter Verwünschung des Eidbrüchigen jeder aus des anderen Flasche von dem Reisbranntwein, den die Chin immer mit sich führen. Bisweilen wird dem Trank das Blut des geopferten Thieres beigemischt. Der Vertrag wird von beiden Contrahenten wiederholt, und demjenigen, der ihn brechen sollte, wird angedroht, er möge erschlagen werden wie das Thier vor ihm. Speise und Trank solle ihn ersticken und sein Blut vom Feinde getrunken werden. Ist eine Streitsache auf anderem Wege nicht zu entscheiden, so gewinnt derjenige, welcher es unternimmt, die Blüthe des heilig gehaltenen Thabyebaumes zu halten und einen Stein aufzuheben. Alle diese Eide werden in der Regel vor dem Thitsadingtu, dem berufsmässigen Vereidiger, der sich in jedem Dorfe befindet, abgelegt. Beim Wasserordal gilt diejenige Person als schuldig, welche zuerst mit ihrem Kopfe emportaucht[5]).

Als feierlicher Eid gilt bei den Lushai, den nördlichen Nachbarn der Chin an den Grenzen von Kachar und Manipur, der Schwur am Ufer des Flusses bei Schwert, Speer, Flinte und Blut. Ein Bruch solchen Schwurs stürzt unfehlbar die ganze Familie in gewaltsamen Tod. Gewöhnlicher ist der Schwur beim Speer des Häuptlings. Ist z. B. ein Diebstahl vorgekommen, so wird der Speer am Thore des Dorfes eingepflanzt und jeder Vorbeipassirende ist genöthigt, ihn anzufassen und zu schwören, dass er nichts von der Sache wisse. Wer sich weigert, muss für das gestohlene Gut aufkommen[6]).

---

[4]) [Also wie in Afrika das Fetischwasser, Kohler, Negerrecht S. 59. K.]

[5]) Lewin, Hill Tracts of Chittagong S. 97.

[6]) Ueber „Sitte und Brauch der Chin" hat Verf. in der Beilage z. Allgem. Ztg., 1896, Nr. 295 u. 296 gehandelt, wo auch die Literaturnachweise gegeben sind. — [Ueber das Recht der Chin vgl. Kohler,

Die Kuki, in den Bezirken Kachar, Silhet und Nagâ Hills, legen auf den Boden den Schädel eines Bären oder eines Tigers, dazu ein Nesselblatt, eine Reishülse und eine Schwertklinge. Darnach tritt der Schwörende heran, wiederholt die Bedingungen des Vertrags und spricht, mit einem Hinweis auf den vor ihm liegenden Schädel:

„Wenn ich mein Wort breche, so möge mich ein Bär oder ein Tiger, wie der, dem dieser Schädel gehört hat, verschlingen; möge eine Nessel mich stechen wie die vor mir liegende; möge der Same, den ich ausstreue, keine Frucht bringen wie diese Hülse hier und möge das Schwert mich erschlagen. Des seien Himmel und Erde Zeugen."

Bei den Kuki findet sich auch das in Siam übliche Wasserordal wieder. Das ganze Dorf versammelt sich an einer tiefen Stelle des Flusses. Hier werden zwei Bambusstäbe in das Bett des Flusses eingerammt. Darauf durchschneidet der Priester des Ortes auf der Stirn jedes der beiden Gegner einem weissen Vogel die Kehle und lässt das Blut über das Gesicht der Beiden herabrinnen. Sollte in dem einen Falle das Blut schwärzlich fliessen, so ist die Angelegenheit schon halb entschieden, da dieser Umstand gegen den Betroffenen spricht. Dann stürzen sich Beide auf ein gegebenes Zeichen in die Fluth [7]) und versuchen mit Hülfe des Bambus den Grund zu erreichen, um etwas Schlamm oder einen Stein heraufzuholen. Derjenige dem dies nicht gelingt, ist im Unrecht; bringt keiner etwas herauf, so gelten Beide als schuldig. Dieses Ordal gilt den Kuki als untrüglich, denn sie meinen, selbst der geschickteste Taucher sei nicht im Stande den Grund zu erreichen, sofern er Unrecht hat [8]).

Z. VI S. 186 f. Ueber die Wasserprobe in Birma vgl. Kohler in der Z. f. allgem. Strafrechtswissensch. V S. 681. K.]

[7]) [Also zweiseitig, wie nach dem officiellen birmanischen Recht, Z. f. Strafrechtsw. V S. 681. K.]

[8]) Soppitt, Kuki-Lushai tribes. Ueber das Wasserordal in Siam s. Gerini, a. a. O.

Die Nagâ von Asam zerfallen in eine Reihe Stämme. In Nordkachar finden wir die Kacha-Nagâ, über welche Soppitt[9]) berichtet: „Wenn zwei Dörfer Frieden mit einander schliessen, so wird in der Mitte des einen derselben ein Blatt gelegt. Darauf befindet sich ein Ei, ein Tigerzahn, ein Klumpen Erde, rother Faden, rothe Farbe, schwarzer Faden, Speer, Schlachtbeil und das Blatt einer Brennessel. Zu jeder Seite des Blattes haben sich die Matai (Häuptlinge) der beiden Dörfer aufgestellt und rufen abwechselnd ihre Leute zum Schwure heran.“ Da die Häuptlinge nur sehr geringen Einfluss haben, so ist die Heranziehung jedes einzelnen Kriegers zum Eide wichtig, denn nur dadurch, dass die gesammte waffenfähige Mannschaft schwört, ist Gewähr für Einhaltung des Vertrags geleistet. „Sobald der zu Vereidigende an das Blatt kommt, schaut er gen Himmel und verschwört sich, er möge vom Blitz erschlagen werden, wenn er falsch schwöre. Dann wiederholt er die Bedingungen des Vertrags, deutet auf das Blatt und fügt hinzu: ‚Möge ich, wenn ich falsch rede und meine Treue breche, sein wie dieses Ei, ohne Hände und Füsse, ohne Ohren und Haupt, ohne Verstand und ohne Kraft; möge ein Tiger gleich dem, dem dieser Zahn gehörte, mich verschlingen: möge ich werden zu einem Klumpen Erde, den der Regen hinwegspült; möge im Kriege mein Blut vergossen werden, so roth wie der Faden vor mir; möge ich erblinden und für mich die Welt so dunkel werden, wie jener schwarze Faden auf dem Blatte; mögen Schwert und Beil mich verwunden und mein Körper immerdar den Qualen ausgesetzt sein, welche die Nessel zu bringen vermag.‘ Nach dieser Ceremonie werden Hände und Gesicht gewaschen und ein grosses Trinkgelage abgehalten.“

Bei den Angâmi-Nagâ, welche selten schwören und durch Wahrhaftigkeit ausgezeichnet sind, finden wir wieder die Sitte, ein Huhn zu zertheilen, oder sie packen eine Waffe mit den

[9]) Account of the Kachcha Nâga tribe S. 13.

Zähnen, wodurch derjenige mit dem Tode bedroht wird, der die eingegangenen Verpflichtungen nicht hält. Bei solchen Gelegenheiten errichten die Angâmi auch Steine zur Erinnerung an den Vertrag.

Andere Nagâ beissen beim Schwur auf einen Tigerzahn [10]).

Zu der ältesten Bevölkerung Birmas gehören die Karen, welche, wie ihre Nachbarn, vom Norden eingewandert sind. Dieselben nehmen insofern eine Sonderstellung ein, als sie keinem der drei Völker (der Mon, Birmanen und Tai) zugewiesen werden können und als sie sich im Ganzen von dem Einflusse des Buddhismus freigehalten haben, ja durch ihre Traditionen eher auf das Christenthum hingewiesen werden. Vertragschliessende stechen sich vor versammeltem Dorfe mit einer Nadel in den Zeigefinger der rechten Hand. Dann lassen sie einen Tropfen Blut in ein Gefäss mit Wasser fallen. Zertheilt sich der Tropfen, so ist die betreffende Person nicht zuverlässig, behält er aber seine Kugelgestalt, so gilt das als gutes Omen und jede der vertragschliessenden Parteien trinkt das Blut der anderen.

Taw Sein Ko giebt vier verschiedene Eidformen der rothen Karen an [11]). Die erste Form ist ein Büffelopfer. Jeder der Betheiligten isst von dem Fleisch des geschlachteten Thieres und bewahrt eins der Hörner auf. So wurde im Jahre 1857, als O'Riley mit dem Häuptling der westlichen Karenni (rothen Karen) einen Vertrag abschloss, der das Land vor der Annexion an Birma bewahrte, ein Farren geschlachtet und dem britischen Vertreter ein in Silber gefasstes Horn mit Inschrift überlassen. Das hatte zu bedeuten: „Wie sie das Fleisch des Stieres getheilt, das in ihren Körper eingegangen, so solle ihre Freundschaft im Herzen bewahrt bleiben, so fest und so lange als die Hörner gekrümmt blieben.“

---

[10]) [Tigerzahn, wie bei den Samojeden die Bärenpfote, Kohler. Z. V S. 461. K.]

[11]) Ind. Antiquary 21, 318.

Die zweite Form ist die bereits erwähnte, indem Wasser mit einem Tropfen Blut des Schwörenden getrunken wird. Wie jene beiden, so gilt auch die dritte Art, das Essen einer Jackfrucht bei Freundschaftsverträgen. Das Austauschen von Speeren gewährt Sicherheit dafür, dass keiner dem anderen ein Leid zufügen werde[12]).

Dem Kenner der indischen und hinterindischen Rechtsbräuche wird es nicht schwer fallen, festzustellen, inwiefern brahmanische oder buddhistische Einflüsse auf die Gestaltung dieser Institutionen eingewirkt haben. Unsere Absicht war nur, auf einem kleinen Gebiet zu zeigen, welche Ausbeute für die vergleichende Rechtsgeschichte durch Heranziehung der zahlreichen Völkerstämme Hinterindiens gewonnen werden kann.

---

[12]) [Also Blutsvereinbarung. K.]

III.

Das Logbuch der Mayflower.

Ueber die Auslieferung von Urkunden an einen fremden Staat nach Englischem Recht.

Ein Urtheil des Consistory Court of the diocese of London vom 26. März und 30. April 1897.

Mitgetheilt von

Herrn Reichsgerichtsrath a. D. **Wittmaack.**

Der amerikanische Gesandte beantragte Namens des Präsidenten und der Bürger der Vereinigten Staaten von Amerika bei dem Consistory Court in London eine Verfügung, dass ein Manuscript — nämlich das Logbuch der „Mayflower", welches seit vielen Jahren sich in der Bibliothek in Fulham Palace befand, dem Präsidenten und den Bürgern der Vereinigten Staaten von Amerika, als eine der frühesten Urkunden ihrer nationalen Geschichte, überliefert werden möge.

Zur Begründung des Antrags wurde angeführt, dass der Bischof von London damit einverstanden sei; das in Frage stehende Manuscript, betitelt „the Mayflower Log" sei von grösstem Interesse und hoher Bedeutung für die Bürger der Vereinigten Staaten und würde von ihnen mit Recht als eine kostbare Reliquie betrachtet, deren Besitz sich zu sichern der Gouverneur des Staates Massachusetts in Gemeinschaft mit

der American Antiquarian Society und der Historical Society jenes Gebietes sowie der Pilgrim Society in Plymouth bemüht seien; es enthalte eine Inschrift, dass es der New England Library, gegründet von Thomas Prince, einem ausgezeichneten Gelehrten und Alterthumsforscher, bei seinem Eintritt in Harvard College den 6. Juli 1703 gehöre; der Verfasser des Buches sei der Gouverneur William Bradford, der zweite Gouverneur der Kolonie von Plymouth, einer der Anführer der Pilgerschaar, welche England im Jahre 1608 verliess; es enthalte werthvolle Nachrichten über die ersten Ansiedler in den Vereinigten Staaten, ihre Familiengeschichte und ihr Vorleben; das Buch enthalte ferner eine Erzählung von einem Mitgliede der Gesellschaft der Engländer, welche im April 1620 auf der Mayflower hinüberfuhren, über die Umstände, welche zur ersten Ansiedlung dieser Gesellschaft in Leyden in Holland führten, ihre Rückkehr in dieses Land und ihre darauf folgende Abreise nach Neu-England, ihre Landung in Cape Cod im December 1620, ihre Ansiedlung in New-Plymouth und die Geschichte der ersten 28 Jahre der Kolonie, welche die erste wirkliche Ansiedlung in den neuenglischen Staaten bildete; insoweit, als die Verwahrung öffentlicher oder kirchlicher Urkunden, welche dem Bisthum von London angehörten, dem Consistorial Court von London zukomme, müsse jede Verfügung darüber durch die Einwilligung des Kanzlers von London autorisirt werden; es werde vermuthet, dass das Buch gerade vor dem Ausbruche des Revolutionskrieges durch Thomas Hutchinson, Gouverneur von Massachusetts, der historisches Material sammelte, nach England kam; die Library Company von Philadelphia habe England gewisse Manuscripte zurückgegeben, welche der Bibliothek 1799 geschenkt wurden, aber, wie sich bei der Prüfung derselben herausgestellt habe, einen Theil der nationalen Archive Grossbritanniens ausmachten, da sie in officiellen Briefen beständen, welche die eigenhändige Unterschrift des Königs Jakob I. sowie der Königin Elisabeth trügen, was der verstorbene Lord Romilly anerkannt habe,

indem er seine grosse Dankbarkeit für die der britischen Nation erwiesene Gefälligkeit aussprach und betonte, dass er überzeugt sei, solche und ähnliche Handlungen würden die Bande der Freundschaft und Achtung zwischen beiden Ländern noch fester knüpfen.

Der Kanzler von London führte in seinem Urtheil aus: Dies Manuscript enthält unter anderen Dingen von grossem historischen Interesse für die Zeit von 1620—1650 ein gesetzliches, authentisches Register der Namen der Personen, welche 1620 die Kolonie Neu-England in Nordamerika begründeten, ihrer Eheschliessungen mit den Namen ihrer Frauen und ihrer Kinder, der rechtmässigen Nachkommenschaft dieser Ehen und der Verehelichungen vieler ihrer Enkel sowie der Nachkommen derselben, ferner der Todesfälle unter den darin angeführten Personen. Weil dies Manuscript ein authentisches Register der Ehen, Geburten und Todesfälle der Personen enthält, die in einem Gebiete wohnten, das zu der Zeit, auf welche sich dasselbe bezieht, einen Theil der Kolonialbesitzungen Grossbritanniens bildete und nach dem damaligen Gebrauche zur Diöcese von London gehörte, kommt diesem Gerichtshofe die Aufsicht über dasselbe zu. Dass das Manuscript authentisch und mit Ausnahme der vier letzten Einträge auf der letzten Seite von der Hand William Bradford's geschrieben ist, welcher einer der Gründer und zweiter Gouverneur der Kolonie war, wird ausser Zweifel gestellt sowohl durch den Inhalt wie durch den Umstand, dass die Schrift, abgesehen von der oben erwähnten Ausnahme, mit seiner Handschrift übereinstimmt, als auch durch einen vorangestellten Eintrag von der Hand seines Enkels Samuel Bradford. Die folgende Ueberschrift in Major Bradford's Handschrift geht dem Register voran, welches die letzten fünf Seiten des Buches enthalten: „Die Namen derjenigen, welche 1620 zuerst herüberkamen und durch Gottes Segen die Anfänger und sozusagen die Begründer aller Ansiedlungen und Kolonieen in Neu-England waren und ihre Familien.“ Dann folgen zwei getrennte Einträge, von denen

jeder den Namen des Familienhauptes der ausgewanderten Familie und die Namen seiner Frau, Kinder und der Dienstboten enthält, welche ihn auf der Reise auf der Mayflower begleiteten oder ihm später nach Plymouth nachkamen. Am Schlusse dieser Einträge kommt folgender Eintrag: „Diese, ungefähr 100 Seelen, kamen in diesem ersten Schiffe herüber und fingen dieses Werk an, welches Gott in seiner Güte bis hierher gesegnet hat. Seinem heiligen Namen sei Ehre, und da es ihm gefallen hat, mir zu gewähren 30 Jahre sich vollenden zu sehen seit diesem Anfange und die grossen Werke seiner Vorsehung zu beobachten, habe ich es für meiner Mühe nicht unwerth gehalten, einen Ueberblick zu halten über die Abnahme und Zunahme dieser Personen und über die Veränderungen, die mit ihnen und den ihrigen in diesen 30 Jahren vorgegangen sind. Es kann von einigem Nutzen sein für die, welche später kommen. Ich will sie daher in der Reihenfolge anführen, in der sie liegen.“ Dann folgen Einträge der Heirathen, Geburten und Todesfälle in den am Leben gebliebenen Familien der Ansiedler, einige von darauf bezüglichen Anmerkungen begleitet. Der Schreiber fährt dann fort: „Von den 100 Personen, welche zuerst in diesem ersten Schiffe herüberkamen, starb der grössere Theil, die meisten davon innerhalb zweier oder dreier Monate, und aus den wenigen Uebriggebliebenen, obgleich einige alt waren und keine Kinder mehr zeugten und andere den Ort und das Land verliessen, sind in diesen 30 Jahren 160 Personen geworden, welche gegenwärtig, 1650, noch leben, ausser vielen ihrer Kinder, die verstorben sind und hier nicht mit in Rechnung kommen. Und von den ältesten Geschlechtern leben jetzt noch etwa 30 Personen. Gott sei Ehre, der sie gnädig bewahrt hat.“ Der dem Buche vorangehende Eintrag von der Hand eines Enkels des Majors Bradford lautet wie folgt: „Dieses Buch wurde von meinem Grossvater William Bradford geschrieben, er gab es seinem Sohne Major William Bradford, dieser seinem Sohne Major John Bradford. Geschrieben von mir, Samuel

Bradford, 20. März 1705.“ Dann folgt die Unterschrift „John Bradford.“ Auf der übernächsten Seite befindet sich dieser Eintrag: „20. März, Samuel Bradford. Aber Major Bradford sagt und versichert mir, dass er dieses Buch seines Grossvaters Herrn Sewell nur lieh und er, da es von seines Grossvaters eigener Hand geschrieben ist, so grossen Werth darauf legt, dass er sich von diesem Eigenthum nie trennen werde, sondern dass er es mir leihen wolle und von mir verlange, ich solle es mir verschaffen, was ich auch that und dies niederschreibe, damit man so wisse, dass Major Bradford und seine Erben die rechten Eigenthümer sind. Geschrieben, als das Buch in meine Hände kam.“ Dann kommt folgender Eintrag auf der vorhergehenden Seite: „Dies Buch gehört der New England Library, begründet von Thomas Prince bei seinem Eintritt in Harwood College 1703, und wurde dazu gegeben.“ Es gehört jetzt zur Bibliothek des Bischofs von London in Fulham. Die Geschichte Major Bradfords ist nach diesem Register, dass er auf der Mayflower im December 1620 in Plymouth in Neu England ankam; dass der Gouverneur von Plymouth Carver im April 1621 starb und Bradford gewählt wurde, die Vacanz, welche durch den Tod Carver's entstand, auszufüllen, dass er 1633 von seiner Stellung zurücktrat, 1635 wieder gewählt wurde und sein Amt bis 1650 behielt, in welchem Jahre er dasselbe niederlegte und im Mai 1657 im Alter von 67 Jahren starb; und dass während dieser ganzen Zeit seine hohe officielle Stellung als Gouverneur, wie aus den Einträgen in dem Manuscript von 1650 hervorgeht, von den Souveränen dieses Landes anerkannt war. Die Einträge in dem Register müssen, da sie amtlich von dem höchsten Staatsbeamten der Kolonie gemacht sind, als Beweismittel in Streitigkeiten über die darin bekundeten Familienverhältnisse von den Gerichtshöfen anerkannt werden. Es hat sich nicht feststellen lassen, auf welche Art oder zu welcher Zeit das Manuscript in den Gewahrsam der Bischöfe von London kam. Aus den Einträgen in diesem Buche geht hervor, dass Mr. Prince

bemüht war, der von ihm in Massachusetts errichteten Bibliothek den beständigen Besitz desselben zu sichern, und dass die Familie der Bradford beschlossen hatte, es in ihrem Besitze zu behalten. Es muss nach dem Jahre 1727 und vor der Unabhängigkeitserklärung der amerikanischen Staaten in Fulham Palace niedergelegt sein. Der wahrscheinlichste Grund, warum es dorthin kam, ist, dass bis zur Zeit der Unabhängigkeitserklärung Neu-England in kirchlichen Angelegenheiten der Diöcese von London zugetheilt war, und dass es Gebrauch war, aus den Kolonieen und dem Auslande Bescheinigungen über Eheschliessungen, Geburten und Todesfälle britischer Unterthanen zur sicheren Aufbewahrung und Auskunft nach der Registratur der Bischöfe von London zu bringen, da dieselbe die einzige öffentliche Registratur zur Aufbewahrung solcher Documente innerhalb der Diöcese war, und dass, da das ganze Manuscript mit Ausnahme der letzten fünf Seiten von historischem Interesse war, das Register am Schlusse übersehen worden ist und dasselbe so unter den anderen historischen Dokumenten, welche mit den nordamerikanischen Kolonieen zusammenhängen, einfach als historisches Manuscript aufbewahrt wurde. Als der amerikanische Gesandte sich an den Bischof von London wandte wegen der Erlaubniss, dass dies Document dem Präsidenten und dem Senate der Vereinigten Staaten zur Aufbewahrung gegeben werden möge, ordnete der Bischof an, nachdem er sich erkundigt hatte, was in solchen Fällen in der Diöcese üblich sei, besonders da es ein authentisches Register von Eheschliessungen, Geburten und Todesfällen enthielt, welches für den Nachweis von Erbberechtigung und Abstammung von Wichtigkeit sein konnte, dass das Manuscript in der Depositenkammer dieses Gerichtshofes niedergelegt werde, und wies den Antrag an den Gerichtshof. Es ist nur eine Entscheidung veröffentlicht, welche auf den gegenwärtigen Antrag passt, nämlich die über einen Antrag, der 1853 von der Regierung bei dem Prerogative Court in Canterbury gestellt wurde, dass das Originaltestament und die Codi-

cille des Kaisers Napoleon I., die von dem Gerichtshofe am 5. August 1824 legalisiert waren, dem damaligen Sekretär des Auswärtigen Amtes überliefert werden möchten, um dieselben der französischen Regierung zu übergeben, nachdem eine beglaubigte Abschrift davon in der Registratur des Gerichtshofes niedergelegt sei. Der Antrag war begründet durch eine Erklärung Lord John Russell's, dass die Regierung der Ansicht sei, einem solchen Antrage müsse aus Gründen der Politik gewillfahrt werden. Der Advocat der Königin, Sir J. Harding, nahm Bezug auf drei Fälle zur Unterstützung dieses Antrags und führte aus, dass es sich nur um eine Frage des richterlichen Ermessens handle, dass in dem Gutachten des Staatssecretärs genügende Gründe angegeben wären, um den Gerichtshof zu berechtigen, den Antrag zu bewilligen, dass Niemandes Interesse dadurch geschädigt würde und die noch lebenden Testamentsvollstrecker einwilligten. Sir John Dodson sagte bei Abgabe des Urtheils: „Es handelt sich um einen Antrag, dass das Testament und verschiedene Codicille des verstorbenen Napoleon Bonaparte aus der Registratur dem Secretär des Auswärtigen Amtes übergeben werden mögen, um sie der französischen Regierung auszuliefern. Als Grund des Antrags wird die Politik angegeben, welcher Grund dem Advocaten der Königin an und für sich fast genügend schien, den Gerichtshof zu veranlassen, die Bitte zu gewähren. Ich kann jedoch diese Ansicht nicht theilen. Es ist nöthig nachzuweisen, dass der Schritt, den wir thun sollen, mit den Gesetzen in Einklang steht. Unzweifelhaft ist es der Wunsch dieses Gerichtshofes wie der aller anderen, die Ansichten der Regierung zu verwirklichen; dessen ungeachtet darf er nicht seine gesetzlichen Befugnisse überschreiten. In einem Lande, welches nach festen Gesetzen regiert wird, müssen die Gerichtshöfe sich durch diese Gesetze leiten lassen und nicht durch den Willen und den Wunsch der Regierung. Im gegenwärtigen Falle wurde mir angegeben, dass unabhängig von dem Wunsche der Regierung gesetzliche Autoritäten mich berechtigen, den

Antrag zu bewilligen. Drei Fälle sind aus den Entscheidungen dieses Gerichtshofes angeführt worden. Der dritte davon aus dem Jahre 1839 scheint mir eine directere Analogie zu bieten. Der Fall war dieser: Sir Herbert Taylor machte in Rom ein Codicill zu seinem Testament, die Urkunden wurden hier ausgefertigt und das Codicill später ausgeliefert, um nach Frankreich geschickt und dort aufbewahrt zu werden. Mir scheint, ich bin berechtigt, der Entscheidung im Falle Sir Herbert Taylor's zu folgen und den Antrag zu bewilligen, aber das kann ich nicht in genauer Uebereinstimmung mit der Form des Antrags, da ich, wie mir scheint, hierzu nicht die Befugniss habe. Ich werde anordnen, dass die erbetenen Urkunden ausgeliefert werden sollen, nicht um an die französische Regierung geschickt zu werden, sondern damit sie den gesetzlichen Behörden in Frankreich überliefert werden, um geeigneten Falles benutzt werden zu können, und ich zweifle nicht, dass Lord John Russell Sorge tragen wird, dass diese Bedingung erfüllt wird. Ich will den Registrator anweisen, nachdem beglaubigte Abschriften gemacht sind, dem Lord die Originalurkunden einzuhändigen, für die er eine Empfangsbescheinigung geben muss. Ich glaube berechtigt zu sein, so weit zu gehen, da in mancher Hinsicht dieser Fall unbedenklicher ist als der Sir Herbert Taylor's. Sir Herbert Taylor war ohne Zweifel englischer Staatsangehöriger, aber Napoleon Bonaparte verlor, obgleich er Gefangener in St. Helena war, sein französisches Domicil hierdurch nicht. Noch dazu besass er in diesem Lande nur sehr wenig Vermögen. Nach Erwägung aller dieser Umstände bestimme ich, dass die Originalurkunden ausgeliefert werden, damit sie, wie im Falle Taylor, den zuständigen Behörden in Frankreich übersandt werden."

Der Advocat der Königin entgegnete, dass er nicht ermächtigt sei, die Entscheidung in einer anderen Form als der beantragten anzunehmen, dass die Bedingungen, welche der Gerichtshof aufgestellt habe, von dem Staatssecretär beurtheilt werden müssten. Der Gerichtshof erklärte, dass er bei seiner

Entscheidung bleibe und nicht annehme, dass dieselbe nicht beachtet werden würde. Der gegenwärtige Fall unterscheidet sich von dem eben besprochenen in folgenden Einzelheiten. In jenem Falle war das Vermögen des Kaisers längst getheilt, die fraglichen letztwilligen Verfügungen hatten für Niemand mehr ein pecuniäres Interesse und die noch lebenden Testamentsvollstrecker hatten ihre Einwilligung zu dem Antrage gegeben. Im gegenwärtigen Falle können die Einträge in dem Register noch von pecuniärem Interesse für Abkömmlinge der darin genannten Familien sein, indem sie deren Erbberechtigung nachweisen können, und es ist daher die Pflicht des Gerichtshofes, wenn er eine Entscheidung ausspricht, welche dem Register einen andern Aufbewahrungsort anweist, besonders Sorge zu tragen, dass solche Personen dadurch nicht benachtheiligt werden. Man muss auch beachten, dass zu der Zeit, als das Manuscript in Fulham Palace niedergelegt wurde, die Registratur des Bischofs von London in Doctors Commons der gesetzlich bestimmte Ort zur Aufbewahrung der Register oder Bescheinigungen der Eheschliessungen, Taufen und Todesfälle sowohl der in den Kolonieen als auch in England innerhalb der Londoner Diöcese wohnhaften Personen war, und dass, da bei der Unabhängigkeitserklärung die Registratur der Diöcese aufhörte, die Registratur für die Urkunden der Eheschliessungen, Taufen und Todesfälle in Neu-England zu sein, die Uebersendung dieses Registers in das Land, auf welches es sich bezieht, sich rechtfertigt durch den in diesem Lande herrschenden Gebrauch, dass, wenn eine neue Diöcese von einer alten abgetrennt wird, sämmtliche auf die neue Diöcese bezüglichen Documente aus der Registratur der alten in die der neuen gebracht werden. Der Gerichtshof entscheidet sich daher für die Auslieferung dieses Manuscripts an den Präsidenten und Senat der Vereinigten Staaten unter gewissen Bedingungen, welche ich später durch einen Beschluss feststellen werde. Wäre dies Manuscript lediglich von historischem Interesse, so würde der Gerichtshof keinen Anstand genommen

haben, dem Vorgange der Library Company in Philadelphia, auf den bei Begründung des Antrags Bezug genommen ist, zu folgen, welche in so liberaler Weise diesem Lande eine in der dortigen Bibliothek befindliche Correspondenz von nationalem Interesse zurückgab. Inzwischen war ein Wechsel in der Person des amerikanischen Gesandten in London eingetreten. Das erste Urtheil ging dahin, dass das Manuscript dem damaligen Botschafter Bayard ausgehändigt werden solle unter der schriftlichen Verpflichtung, es unter seiner persönlichen Obhut von England nach Amerika zu transportiren und dort dem Gouverneur von Massachusetts in seinem Amtslocal in Boston auszuhändigen, damit es in dem Staatsarchiv in Boston oder in der Bibliothek der Historical Society daselbst für alle Zukunft unter gewissen Bedingungen niedergelegt werde. Später stellte der Gesandtschaftssecretär den Antrag, dass das Manuscript dem neuen Gesandten Hay ausgehändigt werde, indem er anführte, dass das Buch mit anderen Staatspapieren an den Präsidenten der Vereinigten Staaten gesandt werden solle, damit dieser es nach dem ersten Urtheile des Gerichtshofes dem Gouverneur von Massachusetts übermittle. Auf den Vorhalt, dass die neue Entscheidung dann von einem jeden, der ein Interesse an der Sache habe, mit einem Rechtsmittel angefochten werden könne, stellte der Secretär die Entscheidung anheim.

Der Richter schloss sich an die näheren Bestimmungen der gerichtlichen Verfügung vom 17. Februar 1853 über die Auslieferung der letztwilligen Verfügungen Napoleons I. an und verkündete Folgendes:

„Es ist von Bedeutung, um denjenigen, welche ein Interesse an den Einträgen am Ende des Registers haben, dieselben Rechte zu erhalten, welche sie gehabt hätten, wenn das Manuscript unter der Obhut des Gerichtshofes geblieben wäre, dass die Verfügung des Gerichtshofes so gestaltet wird, dass ihre Bestimmungen bei den Gerichtshöfen der Vereinigten Staaten vollstreckbar sind, nachdem das Manuscript dorthin

gebracht ist. Nach dem in dieser Beziehung geltenden Rechte, wie solches von dem Richter Story in seinem grossen Werke ‚On the conflict of laws‘ festgestellt ist, und nach den von ihm angeführten amerikanischen Urtheilen scheint es, dass die Bestimmungen der gegenwärtigen Verfügung von den Gerichtshöfen der Vereinigten Staaten vollstreckt werden. ‚Die vernünftige Doctrin, um einen genügenden Grund zu legen für die Anerkennung eines fremden Urtheils in einem anderen Lande,‘ sagt Story, ‚scheint zu sein, dass der erkennende Gerichtshof vollständige Jurisdiction über den Rechtsstreit, die Sache und die Parteien haben müsse. In einem Verfahren in rem, in welchem es sich um eine unter der Jurisdiction des urtheilenden Gerichtshofes befindliche bewegliche Sache handelt, wird dasjenige, was der Gerichtshof in Bezug auf das Recht oder den Titel oder in Bezug auf die Uebertragung oder einen anderen Act bestimmt, in jedem anderen Lande, wo dieselbe Frage direct oder indirect vor Gericht zur Entscheidung kommt, als gültig anerkannt werden.‘

„In dem gegenwärtigen Falle ist das Manuscript oder die bewegliche Sache innerhalb der Jurisdiction dieses Gerichtshofes und seiner Verfügung unterworfen. Mr. Bayard ist auch innerhalb seiner Jurisdiction und will sich jetzt verpflichten, nicht als Botschafter, sondern für seine Person als Delegirter des Gerichtshofes in dieser Angelegenheit an Stelle des Registrators, welcher an erster Stelle der geeignete Beamte zur Ueberbringung des Manuscripts sein würde, das Manuscript an den Gouverneur von Massachusetts zu befördern. Dem Vorschlag, dass der Gerichtshof das Manuscript dem Colonel Hay als Botschafter sollte ausliefern lassen, um es dann mit Staatspapieren an den Präsidenten der Vereinigten Staaten zu senden, damit es dann von dem Präsidenten dem Gouverneur von Massachusetts zu dem in dem Urtheile angegebenen Zwecke ausgeliefert werde, steht das Bedenken entgegen, dass der Gerichtshof an das Oberhaupt eines fremden Staates keine Verfügung erlassen kann, irgend eine von den Bestimmungen

in dem Urtheile zur Ausführung zu bringen, und dass eine solche Verfügung, wenn sie getroffen würde, soweit als meine Untersuchungen haben ermitteln können, nicht auf Antrag einer betheiligten Partei von den Gerichtshöfen der Vereinigten Staaten gegen den Präsidenten vollstreckt werden könnte. Unter diesen Umständen ist es meine Pflicht, es bei der ursprünglichen Verfügung bewenden zu lassen."

Der Bischof von London händigte dann vor Gericht dem Mr. Bayard unter Austausch höflicher Reden das Logbuch aus, und dieser versprach, dass er sich bemühen werde, die ihm durch die Verfügung des Gerichtshofes auferlegten Verpflichtungen zu erfüllen.

IV.

Die Strafzwecke in der Gesetzgebung Peter's des Grossen[1]).

Von

Prof. Dr. **Alexander Philippoff.**

I.

Die Klarlegung allgemeiner Begriffe über Strafen aus der Regierungszeit Peter's des Grossen, auf Grundlage der Allerhöchsten Befehle (oder Ukase), bietet ohne Zweifel grosse Schwierigkeiten. Jene Ukasausübungen des 17. und 18. Jahr-

[1]) In der Lehre von den Strafrechtstheorien ist bis in die neueste Zeit viel zu sehr das historische Moment bei Seite gelassen worden. Ganz abgesehen von der etwaigen (in der allgemeinen Bestimmung des menschlichen Geschlechts begründeten) absoluten Richtigkeit der einen oder anderen Theorie, kommt wesentlich in Betracht, welche Theorien in den verschiedenen Perioden des Strafrechts ausdrücklich oder stillschweigend bei der Gesetzgebung und bei der Ausübung des Strafrechts vorgeschwebt und das Strafensystem bestimmt haben. Erst hieraus ergiebt sich die psychologisch-sociale Erklärung einer Menge von Erscheinungen der Strafrechtsgeschichte. Dass in gewissen Zeiten die Entwickelung der Abschreckungstheorie, und zwar entweder als Abschreckung durch Strafvollziehung oder als Abschreckung durch Strafandrohung, eine Rolle spielen muss, ist natürlich; die Abschreckungstheorie entspricht Zeiten gewaltigen Umschwungs und Aufschwungs, welche, in lebhaftem Kampfe gegen Veraltetes begriffen, mit Keulenschlägen veraltete Uebel zu tilgen und mit heroischen Mitteln verjährte Schäden zu heilen suchen. Daraus

hunderts waren bei uns im Wesentlichen nichts Anderes, als die Entscheidung einzelner Rechtsfragen über diesen oder jenen Fall. Während der Gesetzgeber im Codex in den Gesetzesbestimmungen seine Ansichten über manche Fragen selbst verallgemeinert, so will er bei der Ausübung geltender Ukase grösstentheils nur die einzelnen Schwierigkeiten überwinden oder beseitigen, je nach den einstweiligen und zufälligen Umständen der Sachlage. Allerdings auch diese unsichere und, dem Anscheine nach, unzusammenhängende, zufällig-legislative Arbeit, die sich auf einer wellenförmigen Oberfläche zu bewegen scheint, giebt ein grosses Material zur Verallgemeinerung, um so mehr, wenn wir letzteres in einem verhältnissmässig langen Zeitraum erforschen und wenn der Oberverfasser der Gesetze eine Persönlichkeit ist, wie Peter der Grosse, der überall etwas Eigenes verfügt und hineingebracht hat. Aber

---

entwickelt sich der scheinbare Widerspruch zwischen genial aufstrebender Kultur und zwischen unerhörter Strafrechtsbarbarei, wie z. B. in den italienischen Stadtrechten, wo die Abschreckungstheorie so gewaltig einwirkte (vgl. mein Strafrecht der italienischen Statuten S. 16 f.). Auch muss man dabei berücksichtigen, dass die mangelhaften Mittel der Durchführung jener Zeit und die häufige straflose Uebertretung der Vorschriften den Gesetzgeber reizen und ihn dazu verleiten mussten, durch quantitative und qualitative Strafschärfung für die Lücken der Praxis eine Ausgleichung zu schaffen. Auf solche Weise erklärt sich, wie hier Normirungen polizeilichen Charakters oft mit den schwersten Strafrechtssanktionen umgeben werden, weil der Gesetzgeber auf sie einen besonderen Werth legt, so dass hier ausnahmsweise ein wenig Normentheorie in die Entwickelung hineinspielt. Dass ferner utilitäre Rücksichten, wie das nach Confiscationen und Geldstrafen lechzende Vermögensbedürfniss des Staates und der zur Herbeiziehung von Strafarbeiten führende Mangel an freien Arbeitern eine Rolle spielte, ist gleichfalls begreiflich. So ist das Strafrecht einer jeden Periode nach den einwirkenden Strafideen verständlich. Der vorliegende Aufsatz bietet einen ausserordentlich belehrenden Beitrag und zeigt zugleich, wie unter analogen Kulturzuständen der Osten zu ähnlichen Ergebnissen gelangt ist wie der Westen. Die dabei eingestreuten wichtigen Notizen über Schuldenhaftung (S. 203) und Schuldabarbeitung (S. 207 f.) seien der besonderen Beachtung der Rechtshistoriker empfohlen. Kohler.

die Schwierigkeit besteht eben darin, dass der Forscher selbst den allgemeinen Gedanken des Gesetzgebers aus einer Menge seiner verschiedenartigen Ukase und Reglements herausfinden muss, ohne dabei zuweilen eine Stütze in den klar ausgesprochenen Motiven der Gesetzgebung zu haben. Bei diesem Herausfinden des allgemeinen Gedankens des Gesetzgebers sind unwillkürliche Fehler in der Beleuchtung dieser oder jener Auffassung desselben nicht ausgeschlossen. Der allgemeine Criminalcodex, der auch zur Zeit Peter's des Grossen neben den besonderen Ukasen Gültigkeit hatte, könnte eine solche Arbeit bedeutend erleichtern, aber freilich unter der Bedingung, dass dieser Codex im Allgemeinen nichts Anderes vorstellen sollte, als eine Bearbeitung (Codification) der vorher erlassenen besonderen Ukase. Dann würde die weitere Gesetzespraxis eine natürliche Fortsetzung der Grundlagen des Codex bilden, welche jedenfalls zu diesem in einem gewissen organischen Verhältniss stände, sollte sie auch in mancher Richtung hin seine Gesetzesbestimmungen ändern. Leider kann man dieses nicht von den zur Zeit Peter's des Grossen geltenden „Kriegsreglements“ sagen, da diese als Codex galten, der aus fremdländischen Quellen zusammengestellt war und nichts aus unserer früheren Rechtsentwickelung geschöpft hat, und, obgleich sie auf die spätere Gesetzgebung von Einfluss waren, doch nicht gut erklären konnten, wie sich das Recht später selbstständig entwickelte. Somit haben die Kriegsreglements, wie auch die besonderen Ukase, als Quelle für die Criminalgesetze gedient und beide können zum Zweck der allgemeinen Erörterung ihrer Strafenlehre der damaligen Zeitperiode parallel erforscht werden. Aber für das Studium der allgemeinen Grundlagen der Ukase wird man wenig erklärendes Material in den Kriegsreglements finden, und deshalb muss dasselbe besonders und selbstständig betrieben werden. In diesem Abschnitte wollen wir den Versuch eines solchen Studiums machen und vor Allem uns mit der Frage über den Zweck der Strafe beschäftigen.

Vom objectivem Standpunkte aus betrachtet, bestand immer und überall das Endziel der Strafen im Allgemeinen im Schutz der öffentlichen Ordnung und Ruhe vor etwaigen Rechtsangriffen. Da aber in verschiedenen Epochen sowohl der Charakter dieser Rechtsangriffe, als auch der relative Werth des Gemeinwohls, auf welches diese und jene Angriffe gerichtet waren, sich beständig änderte, so mussten auch die nächsten Zwecke der Strafe tiefgreifende Veränderungen in ihren Grundlagen erfahren. Es traten mancherlei Aufgaben in den Vordergrund, zu deren Lösung die Organe der Staatsmacht sich die grösste Mühe gaben; so z. B. sollten alle Verbrecher, welche die herrschende Ordnung gefährdeten, ausgerottet werden; ferner wollte man sowohl die friedlichen Bürger von der Verübung eines Verbrechens, als auch die bereits einmal Bestraften von der Wiederholung eines solchen dadurch abschrecken, dass man sie dafür hart zu bestrafen drohte; endlich hatte die Strafe den Zweck, das Volk vor unruhigen Elementen zu schützen etc. Alle diese Zwecke waren zuweilen von einander getrennt, oft aber auch vereinigt in diesem oder jenem Strafensystem. Zu ihnen gesellten sich in einzelnen, natürlich in den späteren Epochen der Rechtsentwickelung einerseits die veralteten Principien der Wiedervergeltung, andererseits die Principien der Zukunft, wie z. B. die Besserungszwecke u. A. Ferner traten neben diesen Hauptzwecken nicht selten auch noch Nebenzwecke hervor, die durchaus nicht aus der Idee der Strafe hervorgegangen waren, und dennoch vom Gesetzgeber, wenn möglich, nicht weniger energisch als die ersteren verfolgt wurden. So z. B. die Zwecke einer Ausbeutung persönlicher Kräfte und des Vermögens von Verbrechern zum Besten des Staates. In den Gesetzesverordnungen Peter's des Grossen wurden alle diese Strafzwecke nicht weniger beharrlich verwirklicht, als wie auch in der vorhergehenden historischen Zeitperiode.

Nach unserer Beurtheilung sprach sich der besondere Charakter jener Kampfperiode darin aus, dass das Ab-

schreckungsprincip in dem damaligen Strafensystem als ein überwiegendes erschien. Es diente nämlich dem Gesetzgeber nicht nur als Werkzeug im Kampfe gegen den bösen Willen der Menschen, welcher sich im gegebenen Zeitraum nicht seltener offenbarte, als in den früheren Epochen, sondern auch als Hilfsmittel zur Durchführung seiner geplanten Neuerungen im Staate. Die Ukase Peter's des Grossen geben uns ein unwiderlegbares Material für ein anschauliches Studium jener Kämpfe und Proteste, welche seine Neuerungen in der Gesellschaft heraufbeschworen haben. Man vertheidigte energisch die alten Sitten, Gewohnheiten und den alten Glauben nach Kräften. Andererseits beharrte der Gesetzgeber ebenso energisch (um sich nicht schärfer auszudrücken) auf seinen Ansichten und Forderungen; zum Zwecke der Abschreckung nämlich wählte er die Strafe als eines der stärksten, wenn auch nicht gerade als einziges Mittel. Das Schwert der Criminaljustiz war in seinen Händen nicht nur ein strafendes, sondern auch ein solches, womit er, wenn auch nicht immer glücklich, die Erfüllung seiner Forderungen vom Volke erzwingen konnte. Es ist daher nicht zu verwundern, wenn der Zweck der Abschreckung, welcher nicht selten durch Strenge und Grausamkeit erreicht wurde, in fast sämmtlichen Gesetzesbestimmungen Peter's des Grossen hervortrat; diesen Gesetzesbestimmungen wurde andererseits sowohl von einzelnen Personen, als auch von ganzen Gruppen ein ungewöhnlich hartnäckiger, häufig durch nichts zu beseitigender Widerstand geleistet. Aus dem Studium solcher Gesetze, die also dazu dienten, das Volk bald durch grausame, bald durch schmachvolle Strafen, die allmälig zu einem ganzen System herangewachsen waren, einzuschüchtern, ersieht man, dass die Energie des Gesetzgebers hier wohl einigermassen am Platze war, wenn er auch vielleicht zu rasch seine Pläne hat durchführen wollen. Andererseits ersieht man aus jenen Gesetzen, dass, infolge der Inertion und passiven Reaction des Volkes, das aus seinen alten hergebrachten Sitten und Gewohnheiten

nicht aufzurütteln war, der Gesetzgeber gleichsam gezwungen wurde, zum Aeussersten zu greifen. Oft war dieser Widerstand sogar so stark, dass der Gesetzgeber sozusagen aus der Fassung kam, indem er von den grausamsten Strafen zu milderen griff, anstatt Drohungen — volle Vergessenheit und Verzeihung des Geschehenen benutzte, um nur vom Volke die Erfüllung seiner Forderungen zu erzielen. Dennoch gab es, wie Peter der Grosse sich oftmals darüber beklagte, „Ukasverächter“, die man fast fortwährend und haufenweise antreffen konnte; sie liessen sich weder durch Drohungen hart gestraft zu werden, noch durch die an einzelnen Personen constatirten Beispiele abschrecken.

Wie soll man diese fortwährende Nichterfüllung der Ukase erklären, die seitens des Gesetzgebers eine Verschärfung der Strafen verlangte? Die Gründe hierzu waren mannigfach. In vielen Fällen wurzelten sie in den alten Gewohnheiten und Sitten, welche eine Stütze in der damaligen Zeit fanden; deshalb war auch der Kampf mit so veralteten Uebeln, wie z. B. mit dem Bestreben der gesammten Bevölkerung, sich dem schweren Staatsdienste zu entziehen, oder mit solchen Gewohnheiten, wie Wucher, Bestechlichkeit, Willkür und Eigenmacht, welche in den verschiedenartigsten Formen sich äusserten, erfolglos und nicht im Stande, schnelle und fühlbare Resultate zu geben, so energisch auch die Bestrebungen des Gesetzgebers sein mochten. Sowohl den Zeitgenossen Peter's des Grossen, als auch ihm selbst, wie wir es weiter sehen werden, schienen die Massregeln der Strenge und Grausamkeit nothwendig, da sie an und für sich Mittel waren, die alten Uebel mit der Wurzel auszurotten. Zuweilen halfen sie auch allerdings gegen die stärksten Gewohnheiten und liessen grössere Ausschreitungen nicht zu, aber das Uebel selbst werden sie wohl kaum geheilt haben; dasselbe fasste vielmehr noch tiefere Wurzeln und blieb alsdann in verschiedenster Form unangefochten im Volke verborgen. — Den zweiten Grund der Erfolglosigkeit eines so heftigen Kampfes gegen die „Ukasverächter“ muss

man darin suchen, dass ein Theil der Verordnungen gegen die uralten Gewohnheiten und Sitten des Volkes gerichtet war. Das Volk aber konnte nur schwer diese Sitten lassen, oft fühlte es sich sogar beleidigt und verletzt in seinem Glauben an die althergebrachten Gebräuche: „Nicht wir haben in die Ordnung der Dinge einzugreifen, die seit Alters her besteht; unsere Vorfahren lebten so, warum sollen wir anders leben? dazu noch solch ein schroffer Uebergang von dem Alten, Herkömmlichen zum Neuen, Unbekannten!“ Derartigen Aeusserungen konnte man im Volke begegnen. Endlich ist noch eine dritte, zwar äusserliche, doch keineswegs nur scheinbare Ursache der Nichterfüllung der Ukase zu nennen: und zwar der Umstand, dass die Unterthanen von den erlassenen Gesetzen keinerlei Kenntniss gehabt haben, trotzdem dass die Befehle Peter's des Grossen beständig die Forderung enthielten, dass „Niemand mit der Unkenntniss eines Befehles (Ukas) sich entschuldigen dürfe;“ (deshalb wurden auch die allgemeinen Gesetzbücher, wie z. B. das Kriegsreglement, in vielen Exemplaren an die einzelnen Behörden und Kanzleien gesandt, und die obligatorische Erfüllung aller veröffentlichten Gesetze wurde zur allgemeinen Regel, wie solches aus dem Ukas vom 9. Februar 1720 zu ersehen ist). — Der Gesetzgeber wurde, wenn man sich so ausdrücken darf, gereizt, als er noch diesen Vorwand für die Nichtbeachtung seiner Gesetze seitens der Unterthanen erkannte. Er verschärfte daher die Strafen und wiederholte nochmals seine Befehle, aber trotzdem scheiterte mancher seiner Pläne, und eine Reihe seiner Unternehmungen schlug fehl.

Zur Bestätigung dessen wollen wir nun zu den Thatsachen übergehen und vor Allem auf die Meinungen und Ansichten hinweisen, die sowohl von Peter dem Grossen, als auch von anderen berühmten Männern des 18. Jahrhunderts in Betreff der uns interessirenden Frage ausgesprochen worden sind. Es steht unzweifelhaft fest, dass fast die Mehrzahl solche strengen, ja sogar grausamen Massregeln für unbedingt nothwendig hielt,

um gegen die herrschenden Uebel anzukämpfen. So behauptet z. B. Possoschkof: „Wenn man die Richter aller Instanzen nicht zu grösseren Strafen verurtheilen werde, so könnte es leicht geschehen, dass in Zukunft weder Wahrheit noch Gerechtigkeit in der Justiz anzutreffen sein werde, trotz guten Gesetzen. Und wenn auch viele Richter, um der Gerechtigkeit willen, ihr Leben einbüssen sollten — so ist dem nicht anders abzuhelfen. Ohne Verlust an Menschenleben, glaube ich, kann weder die Wahrheit noch die Gerechtigkeit festen Fuss fassen, weil eben bei uns in Russland die Lüge und die Ungerechtigkeit sich eingebürgert haben. Auch glaube ich, dass nur durch solche schreckende Strafen die faulen Wurzeln ausgerottet werden könnten, denn in einem Lande, das stark verwildert ist und auf dem Unkraut wuchert, kann man keinen Weizen bauen, bis man nicht die Dornsträucher durch Feuer vertilgt hat. Ebenso muss man auch im Volke die alten, eingewurzelten Uebel durch andere beseitigen; thut man das nicht, so wird, nach meiner Meinung, weder in der Justiz noch anderswo Gerechtigkeit geübt werden können." — Derselben Ansicht schlossen sich auch andere hervorragende Persönlichkeiten des 18. Jahrhunderts an, wie z. B. der bekannte Historiker Fürst M. M. Tscherbatow. In seiner bekannten Schrift „Ueber die Lasten und Eigenmacht Peter's des Grossen" wirft er die Frage auf, ob Russland, wenn auch nicht so bald, so doch auch nicht allzu spät und ohne besonderen Schaden zu nehmen, schon damals in den Zustand hätte versetzt werden können, in welchem es sich nach Peter dem Grossen befand, oder vielleicht in einen noch viel besseren, wenn der Herrscher keine Eigenmacht ausgeübt hätte? Auf diese Frage giebt er eine verneinende Antwort. Nach einer Schilderung der vielen zu tadelnden Grausamkeiten, die während der Unterdrückung des Strelitzen-Aufstandes verübt wurden, wo z. B. 7000 Mann zum Tode verurtheilt wurden und „der Monarch seine geweihten Hände durch eine höchst unwürdige That, nämlich mit dem Blute seiner Unterthanen befleckte und persönlich

unter den Henkern erschien ...", sagt Tscherbatow, dass Peter der Grosse auf eine Erfüllung seiner geplanten grossen Reformen nicht hoffen konnte, so lange noch, wenn auch nur eine geringe Anzahl jener unruhigen Geister, wie Strelitzen, am Leben geblieben war; deswegen liess er sich auch zu solch einer rohen That, wie es jene Strafe war, hinreissen. „Ich gebe zu," sagt offenherzig Fürst Tscherbatow, „dass diese Rechtfertigung der erwähnten Grausamkeiten eine sehr schwache ist; doch müssen wir dieses jenen rohen Zeiten, der schlechten Erziehung, der alten Gewohnheit — Blut zu sehen — zuschreiben." — So glaubten nun fast alle hervorragenden Männer des 18. Jahrhunderts, dass der Abschreckungszweck nur durch Hinrichtungen erreicht werden könnte. Solcher Ansicht war natürlich auch Peter der Grosse, indem er bemüht war, die alten, eingebürgerten Missbräuche abzuschaffen, wobei es ihm jedoch, wie schon oben erwähnt war, nicht immer positive Resultate zu erzielen gelang.

Wollen wir einige Beispiele der erwähnten grausamen Bestrafungen anführen. Dieselben wurden Peter dem Grossen entweder von seinen Mitarbeitern zugeflüstert, oder sie wurden theilweise auch von ihm aus eigener Initiative ausgeübt. So wurden z. B. Peter dem Grossen in Bezug auf die Raskolniki von Pitirim, dem bekannten Bischof zu Nishnij-Nowgorod, und Filophei, dem Metropoliten von Sibirien, unter Anderem verschiedene Strafmittel vorgeschlagen. Als Filophei im Jahre 1702 ein Bisthum erhielt, sandte er Peter dem Grossen ein Schreiben, worin er den Zustand seiner Eparchie schilderte. Unter Anderem berichtete er in seinen Briefen auch über die Raskolniki und führte folgende Massregeln zum Kampfe gegen dieselben an: „Man solle die Raskolniki, die zum wahren Glauben zurückzukehren sich hartnäckig weigern — ausrotten; Andere solle man durch ernste Vorstellungen zu bekehren suchen; die Nichtunterwürfigen aber hinrichten und ihr Hab und Gut zum Besten des grossen Kaisers confisciren." — Peter der Grosse befahl darauf durch Winius Folgendes: „Man solle den starr-

sinnigen Raskolniki gegenüber das bis dahin geübte Verfahren beibehalten. Entginge jedoch Jemand, listig Reue vorspiegelnd, der Todesstrafe, so solle man ihn nicht aus den Augen verlieren; er könnte sonst das im Glauben unbefestigte Volk durch seine Arglist zu bethören und von seinem Schlupfwinkel aus durch Schmeicheleien aufzuwiegeln versuchen. Solche Schurken aber, die das Volk aufhetzen und selbst weiterziehen, sollen schonungslos, zum Schrecken Anderer öffentlich verbrannt werden." — Schon aus diesem Briefwechsel ist klar zu ersehen, dass die allergrausamsten Massregeln in diesem Kampfe nur dann angewandt wurden, wo man es mit Trotz, „erheuchelter Reue" u. dgl. m. zu thun hatte. In solchem Falle aber wurden die festgesetzten Strafen auch „schonungslos, zum Schrecken Anderer" vollzogen . . .

Von nicht minderem Interesse ist der Briefwechsel zwischen Peter dem Grossen und Pitirim. In seiner uns erhaltenen Schrift „Berichte über die Raskolniki" legt Pitirim Peter dem Grossen gleichsam ein ganzes Programm vor, das Beziehungen des Staates zum Raskol enthält. Diesem Programm folgte im Allgemeinen auch Peter der Grosse, weshalb jene „Berichte" für uns so viel an Bedeutung gewinnen. Hiebei ist noch folgender Umstand bemerkenswerth: Pitirim ist nämlich früher selbst Raskolnik gewesen und daher ein Mann, bereit, mit voller Energie und Eifer seine neue Aufgabe zu erfüllen, die in der Bekehrung der, wie er sich ausdrückt, „irrenden Menschen" bestand. Peter der Grosse hoffte dagegen in Pitirim einen Mann zu finden, der die ihm im Jahre 1706 aufgetragene schwierige Arbeit der Bekehrung der Raskolniki, durch Milde, Sanftmuth und Ermahnungen ausführen würde. Dieser Ansicht über Pitirim's Mission ist auch S. M. Solowjew. Er sagt nämlich: „Peter der Grosse hoffte, wie es aus seinen eigenen Worten zu ersehen ist, mehr Erfolg zu erzielen, wenn er sein bisheriges strenges Verfahren änderte, denn die Geistlichkeit verfuhr mit den Raskolniki ebenso, wie ein Richter mit Verbrechern. Peter der Grosse hatte nun in Pitirim, dem

Prior des Perejaslawl-Nikolskischen Klosters, der einst selbst dem Raskol angehörte und seine früheren Brüder genau kannte, einen Mann gefunden, der dazu fähiger als alle Anderen schien. Im Jahre 1706 hatte er ihm aufgetragen, die Raskolniki durch Milde und Ermahnungen zu bekehren." — Einen friedlichen Charakter hatte also die Mission Pitirim's, die er, dem Anscheine nach, auch erfolgreich erfüllte, da Peter der Grosse mit seiner Thätigkeit vollkommen zufrieden war und ihn dafür später zum Bischof von N.-Nowgorod ernannte. Von dort aus schickte er dem Monarchen seine „Berichte", in welchen er eine ganze Reihe strenger Massregeln gegen den Raskol anempfahl. So behauptet er, dass die Zahl der Raskolniki durch ihre „unanfechtbaren" Lehren sich vergrössere; dass, abgesehen von ihrer Uneinigkeit unter einander, sie gegen die Kirche alle in gleichem Maasse erbost seien; dass sie endlich sich alle über die Wohlfahrt des Staates ärgern, ja sogar sich von ganzem Herzen freuen, wenn demselben ein Missgeschick zustösst. Pitirim spricht zuallererst von der Propaganda der Raskolniki und giebt den Rath, die strengsten Massregeln gegen ihre Vermehrung und die Verbreitung ihrer Lehren zu treffen, und zwar folgende: „Man müsse, sagt er, alle diejenigen, die sowohl öffentlich als auch heimlich die verderblichen Lehren verbreiten, ergreifen und bestrafen; ferner solle man die Raskolniki aus ihren in Wäldern und an anderen Orten verborgenen Ansiedelungen vertreiben; die dem Raskol angehörigen Nonnen solle man, um ein für alle Mal der Vermehrung ein Ende zu machen, bei Wasser und Brot ins Kloster einschliessen, und nur denen, die sich bekehren, eine bessere Speise geben; dann würden nur Wenige von ihnen noch ferner dem Raskol angehören. Ebenso müsse allen Mönchen, Nonnen und Laienschwestern der Aufenthalt in Wäldern, Feldern, Dörfern, Gemeindehäusern etc. bei Todesstrafe verboten werden, derselbe könne nur vom Erzbischof gestattet werden." Pitirim glaubte, dass die Raskolniki durch den Erlass eines solchen Verbots keinen geeigneten Ort mehr

zur Bergung ihrer Glaubensgenossen hätten und darum auch keine neuen Anhänger zu sich aufnehmen würden. „Darum müsse man also nur nicht den Muth verlieren und energisch die Sache in die Hand nehmen!“ . . . Allgemeines Murren und grosse Unzufriedenheit sah der Bischof natürlich voraus, weshalb er auch den Rath ertheilte, obige Befehle unter dem Vorwande zu erlassen, als ob entlaufene Soldaten, flüchtige Dragoner, Räuber und dergleichen Leute in den Wäldern ein Klosterleben führen, um sich dadurch dem Dienste zu entziehen und von der Zahlung verschiedener Abgaben zu befreien. Obgleich also Pitirim die Raskolniki friedlich zur Bekehrung bewegen sollte, so war er doch, wie auch viele Andere, zu der Zeit davon überzeugt, dass er ohne harte weltliche Strafen und nur durch Ermahnungen allein seine Aufgabe nicht werde erfüllen können. Ferner fordert der Bischof die Erlassung eines Allerhöchsten Befehles, nach welchem diejenigen, die die Beichte nicht ablegen, einer bestimmten Geldstrafe unterzogen werden müssen. Diese Strafgelder und die Abgaben der Raskolniki solle man dann alle Jahre regelmässig und unverzüglich beitreiben. Auch müsse den Priestern die Pflicht auferlegt werden, die Regierung davon in Kenntniss zu setzen, wer diesen Befehl übertrete und wer dem Raskol sich anschliesse; widrigenfalls würden sie zur Verantwortung gezogen und hart bestraft werden. In dieser Weise wollte Pitirim die vorgenommene Arbeit fortsetzen, ohne jedoch dabei Jemandem seine Absichten kund zu thun. Aber Pitirim sah vollkommen ein, dass er vor Peter dem Grossen die Wahrheit nicht verbergen könne (er dürfe es ja auch nicht thun, da in solch einem Falle ihm dieser Auftrag nicht gegeben wäre), und dass andererseits, wenn er Alles offen berichte, die Raskolniki von ihm sich fern halten würden und die Bekehrung derselben ihm dadurch erschwert wäre. Daher schrieb er dem Kaiser, dass er nicht von Allem den Localbehörden berichtete und den Landräthen schriftliche Mittheilung machte, um sich eben nicht als Verfolger des Raskols zu verrathen. — So

musste nun das Staatsinteresse mit der Politik jener Ordnung zugleich verfolgt werden. Es ist bemerkenswerth, dass Peter der Grosse auch wirklich nach dem von Pitirim vorgelegten Programm vorging. Im Jahre 1718 befahl er, die Priester für die Verheimlichung der Raskolniki und derjenigen Personen, die ihre Beichte nicht abgelegt haben, aufs Strengste zu verfolgen; zugleich wurde auch den Localbehörden vorgeschrieben, den Bischof Pitirim in seiner „apostolischen Thätigkeit" zu unterstützen; ausserdem wurden noch besondere Männer zur Ermittelung und Bestrafung der Raskolniki ausgesandt. Dem Gardekapitän Rshewski wurde z. B. die Vorschrift ertheilt, alle zur Gemeinde gehörenden Raskolniki, die sich weigerten, die Abgaben zu zahlen, zur Zwangsarbeit zu verschicken; die dem Raskol angehörenden Mönche und Nonnen zu ihrer Besserung auf eine Zeit lang in ein Kloster abzufertigen; die Anstifter und Propagandisten mit abgeschnittenen Nasen auf die Galeeren zu schicken u. s. w. Die Vereinigung des weltlichen Schwertes mit dem geistlichen hatte im Kampfe mit dem Raskol denn auch wirklich, wenigstens längs der Wolga, wo letzterer sich am meisten verbreitet hatte, einen scheinbar guten Erfolg, denn Pitirim und Rshewski berichteten wenigstens über eine Menge bekehrter Raskolniki.

Solcher Ansicht über die damalige Lage der Dinge waren noch viele andere hervorragende Männer jener Zeit, wie z. B. der bekannte Erzbischof von Nowgorod, Theodosius Janowski. Dieser verstand es, wie sich S. M. Solowjew ausdrückt, „sich nach der reformirenden Strömung der Regierung zu richten"; andererseits aber sagt G. W. Jesipow, dass er oft entschlossen und im Geiste Peter's des Grossen handelte, ebenso wie Romodanowski und Tolstoi. Denn während diese während ihrer Thätigkeit in der Preobrashenskischen und Geheimkanzlei den Wohlstand des Volkes zu heben suchten, war Theodosius bemüht, die Lage der Geistlichkeit zu bessern, und beschäftigte sich daher besonders viel mit der Raskolfrage; Peter dem Grossen rieth er stets, die Raskolniki aufs Strengste

zu verfolgen. So verdient z. B. unter Anderem folgender Vorschlag erwähnt zu werden, den er in Bezug auf die Kreuz- oder Hauspriester Peter dem Grossen machte. Unter Letzteren befanden sich oft flüchtige Popen — „eifrige Vertheidiger des alten Glaubens“. — In einer im Jahre 1719 Peter dem Grossen dargebrachten Schrift sagt Theodosius, dass „die Zahl der Hauspriester vermindert werden müsse, zumal sie viel Unfug treiben, dem man unmöglich Einhalt thun könne. Sollte nun dem Einen oder dem Anderen verboten werden, seine Wirksamkeit fortzusetzen, so müssten die sich Herumtreibenden streng, zeitweilig sogar mit Zwangsarbeit, bestraft werden“.

Wenn solche schreckenerregende Strafen in der Praxis angewandt werden sollten, so galten sie jedenfalls in der Theorie, soweit diese damals vorhanden war, für zweckdienlich. Wenigstens eine theoretische Rechtfertigung derselben finden wir in einem der bedeutendsten theologischen Tractate jener Epoche, im sogenannten „Stein des Glaubens“ von Stefan Jaworski. Bekanntlich war dieser Tractat gegen den Protestantismus gerichtet, dessen Lehren auch zu uns damals durchgedrungen waren; ihm war eine „Schlusslehre über die Bestrafung der Häretiker“ beigefügt. Da nun letztere eine theoretische Abhandlung über die Strafenzwecke jener Periode enthält, so ist sie für uns von um so grösserem Interesse. Natürlich sind hier weniger die persönlichen Ansichten des Autors, als vielmehr die Meinungen seiner Zeitgenossen geschildert. — St. Jaworski hat seine Gedanken, von denen wir einige der wichtigsten hier anführen wollen, im Dialog auseinandergesetzt, und daher können wir sowohl die verschiedenen Einwendungen, die schon damals gegen das herrschende Strafensystem gemacht wurden, als auch die Argumente zu seiner Vertheidigung kennen lernen. Ja, schon damals gab es Menschen, die da behaupteten, dass „Schrecken und Hinrichtung“ keine heilsame Wirkung auf die Häretiker ausübe; dass die Hinrichtung der Ketzer sich mit der Milde und Frömmigkeit der heiligen Kirche nicht ver-

trage; dass es der Kirche nicht zustehe, die Ungläubigen zu morden, allenfalls nur zwei Mal sie zu bestrafen und sich dann erst von ihnen gänzlich loszusagen; dass die Kirche, als zärtliche Mutter, ihre Söhne lieben und schützen müsse; dass man nicht aus Zorn strafen dürfe u. s. w. Auf die erste Einwendung erwiderte St. Jaworski Folgendes: „Die Erfahrung lehre uns gerade das Gegentheil, denn manche Ketzer, Donatisten, Mönche, Albigenser und Andere seien durch Waffen ausgerottet worden. Auch Augustin bezeuge, dass zu seiner Zeit sich Viele aus Furcht haben bekehren lassen, d. h. er beweist mit anderen Worten die Zweckmässigkeit der Abschreckungstheorie. Ferner dass die Kirche durch langjährige Erfahrungen erkannt habe, dass die Anwendung milderer Strafmittel nutzlos sei. So z. B. sei die Kirche zur Ueberzeugung gekommen, dass die Excommunication, deren sie sich zuerst bediente, als einzige Strafe nichts fruchte, weshalb denn auch bald die Geldstrafe eingeführt wurde. Doch auch diese erreichte nicht den Zweck, ebensowenig als die spätere Güterconfiscation und die Verbannung. Die Erfolglosigkeit aller dieser Strafen führte endlich zur Ueberzeugung, dass die Einführung der Todesstrafe nothwendig sei.“ Dagegen wurde die Einwendung gemacht, dass die Hinrichtung der Ketzer sich mit der Milde der heiligen Kirche nicht vertrage. Der Verfasser jener Schrift beweist jedoch das Gegentheil; er sagt: „Es sei mit der Kirche nicht nur vereinbar, sondern es komme ihr sogar zu — mit dem Tode zu strafen; denn wenn die heilige Kirche, als gute Mutter, ihre Kinder nicht lieben und beschützen sollte, wäre sie mit einem grausamen Hirten zu vergleichen, der durchs Beschützen eines Wolfes seine Lämmer ins Verderben stürze. Gerade durch die Hinrichtung der Ketzer sorge die Kirche für die Erlösung der Seele und gebe nicht ihrem Zorn dadurch freien Lauf, wie Einige es behaupten wollen. Wenn Mörder, Ehebrecher, Bösewichte, Diebe, Räuber und Zauberer für ihre Verbrechen gerechter Weise den Tod erleiden, so verdienen doch Ketzer um so mehr hin-

gerichtet zu werden, da sie doch viel grössere Verbrechen begehen, als jene: sie tödten die Seele und vernichten den Glauben, was ja die Wurzel alles Guten ist, und entzünden im Reiche einen allgemeinen Volksaufstand.“ — Somit haben wir nun die Hauptgedanken des Verfassers obigen Textes in Kürze wiedergegeben. „Die Schlusslehre über die Bestrafung der Häretiker“ endet mit einer Ermahnung zur Reue: Die barmherzige Mutter erwarte die Bekehrung ihrer abtrünnigen Kinder mit offenen Armen; sie sei bereit, mit Liebe die Reumüthigen aufzunehmen und alle ihr zugefügten Kränkungen und Schmerzen in tiefster, ewiger Vergessenheit zu begraben. Im entgegengesetzten Falle aber, heisst es dort, wird sie ihr Schwert bereit halten und den Bogen spannen, denn Gott ist der Rächer jedes Unrechts; er wird die Herzen der gottesfürchtigen Machthaber erwecken, um die Ketzer und Anstifter von Volksunruhen, nach ihren Verdiensten, mit einem grausamen Tode zu strafen [2]).

Solcher Ansichten über die Strafe war die damalige Gesellschaft. Diese Ansichten suchte man auch oft in Wirklichkeit durchzuführen, so dass Peter der Grosse zuweilen genöthigt war, dem überflüssigen Eifer bei den Executionen Einhalt zu thun, oder aber jene rohen Strafmassregeln seiner nächsten Anhänger ohne Durchführung zu lassen. Im Allgemeinen gab Peter der Grosse hierin nur wenig auf sein eigenes Gutachten; er theilte vielmehr mit vielen Anderen die gewohnten Ansichten über die Nothwendigkeit der Anwendung harter Strafen im Kampfe gegen die verschiedenen herrschenden Uebel. Dieses kann man auch deutlich aus den Briefen Peter's des Grossen an den Fürsten W. W. Dolgoruky ersehen. Letzterer war zur

---

[2]) Also dieselbe Argumentation wie bei den Ketzerverfolgungen des Westens. Vgl. darüber Thomas von Aquin 2, 2 qu. X a. 8 und die hier citirte Stelle des Augustin: Ecclesia catholica, si aliquorum perditione ceteros colligit, dolorem materni sanat cordis tantorum liberatione populorum.

Unterdrückung des Bulawin'schen Aufstandes gesandt, in welcher Veranlassung auch Peter der Grosse seine Briefe an ihn geschrieben hatte. Einem Briefe vom 12. April 1708 hatte Peter der Grosse einen Allerhöchsten Befehl beigelegt, in welchem er dem Major Dolgoruky unter Anderem folgende Massregeln zur Anwendung vorschreibt: „Er solle alle Städte und Dörfer, die sich am Aufstande betheiligt haben (und von denen das grösste das Hafenstädtchen am Fluss Choper ist), persönlich besuchen und sämmtliche niederbrennen lassen; die Einwohner aber niedermetzeln, und zwar die Anstifter und Anführer rädern und anderen Martern unterziehen, damit alle Uebrigen die Lust verlieren, fernerhin an einem Aufstande sich noch zu betheiligen, denn solch ein Gesindel könne man nur durch grausames Verfahren zur Ordnung und Ruhe bringen." Bei dieser Gesinnung hat Peter der Grosse selbstverständlich auch in der Gesetzgebung jene Ansichten seiner Rathgeber vertreten, mit denen er vollkommen einverstanden war. Dass daher vom persönlichen Charakter Peter's des Grossen in dieser Hinsicht überhaupt nicht die Rede sein kann, und dass er im Kampfe mit diesem oder jenem Uebel sich nur der schon früher angewandten Strafmittel bediente, darauf weist auch der Briefwechsel zwischen Peter dem Grossen und dem Fürsten Dolgoruky hin. So schreibt der Kaiser dem Fürsten am 7. Mai Folgendes: „Sie müssen auch daran denken, dass mit den am Aufstande Unbetheiligten höchst liebevoll verfahren werden müsse, damit diese nicht noch ein grösseres Unheil anstiften, wenn sie den Verdacht schöpfen, Sie wollen den Tod Ihres Bruders rächen (Georg Dolgoruky ist nämlich von Bulawin am 9. October 1707 auf verrätherische Weise ermordet und an seiner Stelle der Fürst W. W. Dolgoruky ernannt worden). Ferner muss man versuchen, noch bevor Sie dahin ziehen, die Aufrührerischen durch Ermahnungsbriefe zu beschwichtigen; die dadurch zur Ruhe Gebrachten verdienen dann ebenfalls Ihre Gnade, die Uebrigen aber müssen, nach Verdiensten, streng bestraft werden." Da dieser Brief im Wider-

spruch mit den am 12. April ertheilten Vorschriften war, so trug der Fürst nicht wenig Bedenken, was er jetzt thun solle? Er berichtete daher von seiner Unentschlossenheit dem Kaiser, der ihm am 15. August 1708 mit nachstehendem Befehl antwortete: „Ihren Brief vom 30. habe ich durch den Lieutenant Uschakow erhalten und antworte Ihnen darauf Folgendes: Sie sollen in den Städten, solange sich noch Jemand widersetzt, aufs härteste verfahren; nach Unterdrückung des Aufstandes aber schreibe ich Ihnen vor: die Haupträdelsführer hinrichten zu lassen, die Anderen theils zu Zwangsarbeiten zu verurtheilen, theils in ihre früheren Ortschaften zurückzuschicken. Von den Städten aber sollen Sie nur diejenigen, die ich zu vernichten schon früher befohlen habe, durch Feuer zerstören; in den am Don gelegenen alten Städten, in welchen der Aufstand am stärksten war, sollen bloss die Anstifter mit dem Tode bestraft werden, den Uebrigen aber soll eingeschärft werden, dass sie, wenn sie sich nächstens noch einmal an einem Aufstande betheiligen sollten, gnadenlos den Tod erleiden würden. Uebrigens habe ich in jedem meiner Briefe Ihnen überlassen, nach Gutdünken, je nach den dortigen Verhältnissen, zu handeln, was ich hiermit nochmals bestätige, weil es mir unmöglich ist, wegen der grossen Entfernung vom Schauplatze, Ihnen hierin eine endgültige Entscheidung zu geben, zumal doch täglich neue Fälle vorkommen dürften.“ — Hierin spricht sich deutlich das von Peter dem Grossen oftmals durchgeführte Princip aus: „solange sich noch Jemand widersetze, müsse man streng und hart verfahren; erst wenn Alle, wenn auch wider Willen, zum Gehorsam gebracht sind, könne man milder sein und zwischen Anstiftern und Angestifteten einen Unterschied machen.“ Nach der Meinung Peter's des Grossen u. A. hatte „die Härte und Strenge“ eine abschreckende Kraft (wenn auch nicht immer, wie wir es weiter sehen werden); auf andere humanere Mittel zum Kampfe haben weder die eigene vieljährige Praxis, noch die Beispiele des westlichen Europas hingewiesen; indessen ist der Kampf

dringend nöthig gewesen; denn der Wohlstand des Staates war gefährdet und musste daher „ohne Gnade und Barmherzigkeit, zum Schrecken Anderer“ gesichert werden.

Es ist unzweifelhaft keine ziellose Strenge gewesen, die überall in der Praxis angewandt wurde, und keine etwa sinnlose Politik, die zum Schutz der Staatsordnung geführt wurde. Dieser Ordnung fiel freilich Alles zum Opfer; ihre Interessen verdunkelten oft völlig die persönlichen Interessen, die der Sittlichkeit u. s. w., was, nach unserer Meinung, einen gar üblen Einfluss auf die normale Entwickelung unserer Gesellschaft ausübte. Wir müssen nochmals hervorheben, dass die Einmischung Peter's des Grossen in alle Dinge, seine oft gewaltsamen Massregeln, deren er sich bediente, um die Gesellschaft für manche seiner Ideen geneigt zu machen, nicht allein auf die Person Peter's des Grossen zu beziehen sind, sondern sie sind der allgemeine Ausdruck des Regierungsgeistes, der in Russland schon lange vor Peter dem Grossen herrschte und erst zu seiner Zeit unter den gegebenen Bedingungen so scharf hervortrat. Wenn Fürst M. M. Tscherbatow gleich nach dem Tode Peter's des Grossen sich die Frage vorlegte, ob Russland nicht nur in den Zustand hätte versetzt werden können, in welchem es sich zu seiner Zeit befand, oder vielleicht in einen noch viel besseren, wenn Peter der Grosse keine Eigenmacht ausgeübt hätte? und auf diese Frage eine verneinende Antwort geben musste, so war Peter der Grosse selbst davon überzeugt, dass er nur durch Zwang die beabsichtigten Reformen in seinem Reiche würde durchführen können. Davon überzeugt uns wenigstens nicht nur die Gesetzgebung Peter's des Grossen, wie wir es unten sehen werden, sondern auch seine eigenen Gedanken, die er bei solcher Veranlassung ausgesprochen hatte, indem er gleichsam ein Vorgefühl hatte, dass die Nachkommen ihn des Despotismus beschuldigen würden, wie sich hierüber auch Fürst Tscherbatow ausdrückt. Gegen Ende seines Lebens, als dieser grosse „Zar-Arbeiter“ die Früchte seiner unermüdlichen Sorgen schauen konnte,

sprach er sich folgendermassen aus: „Unser Volk ist gleichsam ein Kind, das nicht eher ans Lernen des Alphabets geht, bis es vom Lehrer dazu gezwungen wird; das Lernen verdriesst freilich anfangs das Kind, welches erst, wenn es gelernt hat, dankbar ist. So sind nun auch die gegenwärtigen Zustände bei uns: es muss nämlich Alles durch Zwang erreicht werden; auch hört man schon viele Danksagungen für die gezeugte Frucht!“ ... Wollen wir nun beim Glauben bleiben, dass Peter der Grosse noch bei Lebzeiten für Vieles warme Danksagungen empfangen hat ... Jedoch zweifellos wird's immer bleiben, dass nicht Alles, was er durch Zwang erreicht hat, gute Früchte tragen konnte ...

II.

Jetzt wollen wir eine Uebersicht über die Strafzwecke in der Gesetzgebung Peter's des Grossen geben und zwar werden wir zuerst seine sogenannte Abschreckung vor den grausamen Strafen behandeln. Dass letztere in den Verordnungen Peter's des Grossen eine bedeutende, wenn nicht gar eine überwiegende Rolle gespielt hat, dafür liefert schon der Ton seiner Gesetze einen deutlichen Beweis. So lauten z. B. einige seiner Verordnungen: „Man mache mittelst Ukase bekannt, dass harte Strafen, wie Güterverlust und Zwangsarbeit, darauf stehen ...“; „man befehle mittelst schrecklicher Drohungen ...“; „unter grausamer Strafe“; „unter Androhung Seines heftigen Zornes und Verlust jeglichen Besitzes“; „bei harter Strafe“; „bei Gefahr, hart bestraft zu werden“; „dieses solle erfüllt werden, widrigenfalls Jeder, der die Ukase des Senats nicht erfüllen sollte, Gefahr laufe, nach Confiscation seines Vermögens verschickt oder mit dem Tode bestraft zu werden“; „unter Androhung, grausame Strafe zu erleiden“: „diese Sachen sollen (in den Collegien) im Laufe einer Woche vollendet werden bei Todesstrafe oder Verschickung auf die Galeeren und Verlust des Vermögens ...“: „Seine Kaiserliche

Majestät habe zu befehlen geruht, kund zu thun, dass zur Vermeidung verbrecherischer Lügen und hinterlistiger Habsucht die Schuldigen mit dem Tode bestraft und ihr bewegliches wie unbewegliches Vermögen zum Besten der Krone confiscirt werden solle"; „es werde befohlen werden, die entlaufenen und nicht zurückgekehrten Njedorosli (Landjunker) zu peitschen, ihnen die Nasenflügel auszuschneiden und sie zur lebenslänglichen Zwangsarbeit zu verschicken"; „man solle nach den Ukasen bei Gefahr einer unabänderlichen Folterqual erfüllen ..."; „man solle es bei Verlust der Ehre und Todesstrafe erfüllen"; „sollte Jemand durch jene Drohungen in den Ukasen sich nicht bessern, so sollen an ihm die Strafen für seine Vergehen vollzogen werden." — Dieses sind nur wenige von den vielen Beispielen jener Sprachwendungen des Gesetzes, jener abschreckenden Drohungen des Gesetzgebers, durch welche er den Verbrecher von der Wiederholung und den friedlichen Bürger von der Verübung eines Verbrechens abzuhalten suchte. Der Zweck der Strafe ist hier derselbe wie auch in der Uloschenije des Zaren Alexei Michailowitsch, z. B. „damit Andere bei dieser Gefahr sich nicht zu einem Verbrechen verleiten liessen"; „damit sowohl die Verbrecher als auch Andere in Zukunft nicht wieder versucht würden"; „damit Andere bei diesem Anblick von der Verübung solcher gesetzwidrigen und hässlichen Thaten zurückgehalten würden"; „damit es Niemandem einfalle, bei sich Verbrecher aufzunehmen" u. s. w. Es ist interessant, dass der Ausdruck „damit Andere sich nicht verleiten liessen" auch in den Verordnungen Peter's des Grossen und in den nach Peter I. erlassenen Gesetzen vorkommt, was wohl deutlich beweist, dass die alte Aufgabe des Gesetzes: die Abschreckung, auch noch im 18. Jahrhundert fortbestand. So wird z. B. in einem Ukas vom 19. Januar 1721 vorgeschrieben, „dass alle entlaufenen Bauern bei der Auslieferung an ihre früheren Gutsherrn hart bestraft und gepeitscht werden sollen, damit dadurch Andere von der Flucht abgehalten werden." Zuweilen wurde die Idee des Abschreckens mit anderen Worten

ausgedrückt, wie z. B. „man solle schonungslos mit Stockschlägen, statt mit der Peitsche, strafen (für Fahrlässigkeit und Faulheit), damit aus Furcht vor Vollziehung dieser Strafe Niemand mehr in Zukunft faul oder fahrlässig sei.“ Noch deutlicher vielleicht, als in den Worten des Gesetzes, spricht sich das Abschreckungsprincip in jenen schimpflichen Strafen aus, welche aus dem 17. Jahrhundert stammen, noch öfter aber in den launenhaftesten und zuweilen entsetzlichsten Formen im 18. Jahrhundert erdacht worden sind; so gingen z. B. einige Arten der Todesstrafe nur dahin aus, um das Volk vom Verbrechen abzuhalten. So wurde im Jahre 1710 der bekannte Talitzki beschuldigt, „bespeiungswürdige und lügenhafte Schriften über das Erscheinen des Antichrist“ u. s. w. verfasst zu haben und zum Tode verurtheilt: er wurde geräuchert; so wurden auch die Strelitzen im Jahre 1698 massenweise gerädert, enthauptet und gehängt, worauf ihre Körper längere Zeit dem Volke zur Schau ausgestellt wurden. Zuweilen blieben sogar die Todten von einer schauerlichen Hinrichtung nicht verschont: die Leiche des „Moskau'schen Cromwell“, des Iwan Miloslawski, wurde, nach den Worten eines Zeitgenossen, nach 13 Jahren ausgegraben und „von sechs Schweinen auf einem Karren in den Gerichtshof unter Obhut des Henkers gebracht . . ., wo sie in Stücke zerhackt wurde“ u. s. w. So offenbarte sich auch in besonderen Fällen, wie z. B. zur Zeit einer Pest oder eines Aufstandes und dergleichen, die Idee der Abschreckung in anschaulichster und schrecklichster Weise. Z. B. dem Gardekapitän Gorochow, welcher aus Anlass des Ausbruchs einer Pest ins Kiew'sche und Asow'sche Gouvernement gesandt war, wurde in einer Instruction vorgeschrieben, darauf zu achten, dass die Localbehörden „diejenigen Ortschaften, in denen die Pest ausgebrochen war, überall mit festen Schlagbäumen absperrten“, und „den Befehl zu erlassen, dass Niemand, bei Todesstrafe, weder heimlich noch offen sich erdreiste, trotzdem diese Ortschaften zu betreten.“ Endlich, nachdem die erforderlichen Massregeln getroffen, sollte Goro-

chow „zum grösseren Schrecken an den stark frequentirten Hauptstrassen Galgen aufrichten lassen; falls Jemand diese seine Befehle übertreten und beim Passiren dieser abgesperrten Ortschaften ergriffen werden sollte, solle er gehängt werden, ohne „dass darüber Bericht abgestattet zu werden brauche". Derselbe Gedanke der Abschreckung spricht sich auch in den Massregeln aus, welche „zur gänzlichen Ausrottung der Diebe, Räuber und Hehler" ergriffen wurden; „mit solchen Dieben, Räubern und dergleichen solle man nach dem Kriegsreglement verfahren . . ., die ärgsten Räuber aber müssen an den Rippen erhängt oder gerädert werden" etc. Ferner finden wir ähnliche Massregeln auch gegen verschiedene Flüchtlinge, die eigenmächtig ihren Dienst verlassen und sich anderswo beliebig niedergelassen hatten. Was die Strafe anbetrifft, so ist in dieser Hinsicht ein Senatsukas vom 3. December 1724 nicht wenig charakteristisch. In kleinen Dörfern am Flusse Karamysch hatten sich ungefähr 600 steuerpflichtige, theils aus dem Pensa'schen Kreise entlaufene Bauern, theils andere Leute niedergelassen. Der dirigirende Senat hatte nun befohlen, alle „entlaufenen Bauern, die in ihren früheren Wohnorten als steuerpflichtig angeschrieben waren oder aber sich durch List der Anschreibung entzogen haben, dort an Ort und Stelle mit der Knute zu bestrafen, damit sich nicht noch Andere zur Flucht verleiten liessen, und sie sammt ihrem Vieh und anderer Habseligkeit in die frühere Heimat zurückzuschicken; ihre neuen Ansiedelungen aber sollen bis auf den Grund zerstört werden." Zugleich wurden auch die früheren Befehle verschärft, dass nämlich „an den Grenzen von Zaricyn sich nur Kleinrussen ansiedeln dürften, den Grossrussen werde aber dieses bei strengster Strafe ausdrücklich verboten."

Wenn im 17. Jahrhundert Stockschläge, die Knute und andere schimpfliche Strafen, die alle feierlich und öffentlich vollzogen wurden, Schrecken erregen sollten, so kamen im 18. Jahrhundert noch die sogenannten Koschki oder Daggen (eine Art Peitsche mit mehreren getheerten Stricken), Fesseln

und andere ehrverletzende Strafen hinzu. Nach dem Wortlaut des Senatsukases vom 14. Januar 1725 wurden die Getreideaufkäufer, die durch ihre Kniffe den Handel beeinträchtigten und die Marktpreise erhöhten, je nach ihrem Vergehen auf dem Markte mittelst jener Koschki bestraft. Ferner drohte Peter der Grosse, der durch fortwährende Nichterfüllung seiner Befehle ausser sich gebracht war, alle diejenigen, welche sich im Laufe einer bestimmten Zeit durch widerspenstigen Ungehorsam auszeichneten, mit Arresthaft zu bestrafen, ja sogar in Ketten zu werfen. Da trotz vieler Ukase und mehrfacher Wiederholungen derselben aus den Gouvernements weder die Kroneabgaben, noch die monatlichen und jährlichen Berichte in das Kammercollegium und Staatscomptoir eingesandt wurden, ward befohlen, die schuldigen Gouverneure und Woewoden (Stadtverwalter), wie auch die Ober- und Unterofficiere dafür zu verhaften und darüber dem Senate zu berichten. Aber auch das Kammercollegium selbst erstattete dem Senate keine „richtigen Berichte“ über die eingegangenen Steuererhebungen, weshalb die Vorschrift erlassen wurde, die betreffenden Glieder des Kammercollegiums unter Arrest bei dem Senat zu stellen. Ein anderer Fall ist noch charakteristischer. In einem Befehle Peter's des Grossen vom 24. März 1719 wurde dem Gouverneur von Kiew wiederholt vorgeschrieben, über die Einnahmen und Ausgaben der directen und indirecten Steuern zu einem bestimmten Termine Verschläge für mehrere Jahre vorzustellen; zugleich wurde die Drohung ausgesprochen, dass, „falls dieser Befehl zum 1. Mai nicht erfüllt wird, so habe der zu diesem Zweck Abgesandte (Leibgardelieutenant Karabanow) den Befehl, alle diejenigen, denen die Verwaltung des Gouvernements anvertraut ist, wie auch die ihnen Untergebenen an den Füssen gefesselt und mit Ketten beladen so lange im Collegium zu belassen, bis der obige Befehl erfüllt sein werde.“ Da aber dieser Befehl nur wenig oder sogar gar nicht erfüllt wurde, so wiederholte der Senat im darauffolgenden Jahre im Ukas vom 23. September, seinen Befehl, „dass nämlich im

Falle die Erfüllung jenes Ukases noch weiter verzögert werden sollte, so werden die Gouverneure, Vicegouverneure und andere Verwaltungsbeamte wie Ukasübertreter schwer bestraft werden.“ Jedoch alle diese Drohungen blieben fruchtlos, wie solches aus den vielen Verschärfungen und öfteren Wiederholungen jener Anordnung zu ersehen ist. — Was das Peter I. so lieb gewonnene Marinewesen betrifft, so dehnte der Zar-Reformator seine Drohungen sogar auf die Nachkommen aus; der namentliche Ukas vom 7. September 1722 an die Perejaslawskischen Wojewoden lautete: „Die Reste der Handels-, Jacht- und Galeerenschiffe sollt ihr gut aufbewahren; falls ihr dieses aber nicht befolgt, so sollt ihr wie auch eure Nachkommen gleich den Ukasübertretern zur Verantwortung gezogen werden.“ Ferner da nicht der ganze Adel und nicht alle verabschiedeten Officiere trotz vieler Befehle zu einem festgesetzten Termine in Moskau zur Visitation erschienen waren, so spricht der Kaiser in seinem bemerkenswerthen Ukase vom 11. Januar 1722 die Drohung aus, alle, die diesen seinen Befehl übertreten sollten, mit einer so entehrenden Strafe zu belegen, vor welcher alle früheren Drohungen erblassen sollten: „falls Jemand von ihnen seine Ankunft zur anberaumten Frist nicht melden und nicht erscheinen sollte, so werde er für ehrlos erklärt werden und es dürfe keine Klage erhoben werden, wenn ihn Jemand berauben, verwunden, bestehlen oder sogar ermorden sollte, denn er würde beim Gericht kein Gehör finden; sein bewegliches wie unbewegliches Gut aber werde zum Besten des Staates confiscirt werden; nach Ablauf des obenerwähnten Termins sollen die Namen aller Nichterschienenen auf besondere Placate gedruckt und diese an Galgen öffentlich ausgehängt werden, damit sie von Jedem für Ukasübertreter und gleichsam für Verräther gehalten werden.“ Die Drohungen durch Festsetzung noch härterer Strafen zu steigern, war schon unmöglich, da hier ein „Nichterschienener“ nicht nur öffentlich blossgestellt, sondern auch gleichsam dem Wargus der Alten gleichgestellt wurde, d. h.

einem Menschen, welcher wie ein Wolf von der auf ihn empörten Gesellschaft jeglichen Schutzes beraubt war[3]). Man muss jedoch Peter dem Grossen die Gerechtigkeit widerfahren lassen, dass er nicht auf einmal zu all diesen abschreckenden Strafen gelangt war, sondern erst nach einer Reihe verschiedener ununterbrochener Massregeln, die er im Kampfe gegen den Ungehorsam und Eigensinn des Adels hat anwenden müssen. Dass im Allgemeinen die Strafe eine abschreckende Bedeutung haben sollte, sowohl für den Verbrecher selbst, als auch, und sogar vielleicht in noch grösserem Maasse, für den friedlichen Bürger, dafür steht die nachstehende allgemeine Vorschrift des Generalreglements an die Collegien hinsichtlich der öffentlichen Vollziehung der Strafen. Im XLVII. Capitel des Generalreglements ist mit Recht angeführt, dass die Strafen nicht in den Behörden selbst vollzogen werden sollen, „weil dadurch die Achtung, die man diesen privilegirten, ja gleichsam heiligen Orten schulde, leide. Zu gleicher Zeit aber verlangt auch das erwähnte Reglement Folgendes: „die Strafen müssen deswegen an einem öffentlichen Orte vollzogen werden, damit sich jeder Augenzeuge ähnlicher Vergehen und Verbrechen vorsehen könne."

Die hier angeführten Beispiele der Gesetzesbestimmungen Peter's des Grosten, welche das Abschreckungsprincip verfolgten, bezogen sich fast alle auf jene gewöhnlichen Gesetzesübertretungen, die sowohl vor als auch nach Peter dem Grossen in diesem oder jenem Maasse die Strafe des Gesetzes herausforderten. Aber diese Schrecken erregenden Strafen dienten Peter I., wie auch schon oben erwähnt war, gewissermassen als Mittel zur Durchführung seiner Neuerungen, und deshalb berührten sie auch solche Handlungen, die, vom moralischen Standpunkte aus betrachtet, an sich nichts Böses oder Schlimmes vorstellten und nur deswegen

---

[3]) Also Friedlosigkeit, wie noch in den italienischen Stadtrechten (Strafrecht der italienischen Statuten S. 56 f.). K.

als Verbrechen angesehen wurden, weil sie eben vom Gesetz verboten waren, um dadurch die vom Reformator gestellten Forderungen zu unterstützen. Vom juristischen Standpunkte aus kann man allerdings dagegen nichts einwenden, um so mehr als Peter der Grosse selbst in seinen Ukasen beharrlich und beständig den Gedanken durchführte, dass jene Normen, die von ihm, dem Inhaber der höchsten gesetzgebenden Macht, ausgingen, für Alle und für einen Jeden unbedingt obligatorisch seien. Indem Peter der Grosse diesen Gedanken verfolgte, forderte er, wie wir es bereits gesehen, erstens: „dass sich Niemand mit der Unkenntniss der Gesetze entschuldige," und zweitens ergreift er eine Reihe energischer Massregeln, damit das Gesetz in der That im Volke allgemein bekannt würde. Deswegen wurde auch den Geistlichen befohlen, die Ukase in den Kirchen zu verlesen, sie an sichtbare Stellen auf öffentlichen Plätzen auszuhängen, „sie (in Petersburg) mehrere Tage hindurch unter Trommelschlag zu publiciren, damit sich Niemand mit der Unkenntniss derselben entschuldigen könne"; „in Tobolsk, in den Städten des Gouvernements Sibirien, in den Districten, Dörfern und bedeutenden Ortschaften wurden die Gesetze mehrmals unter Trommelschlag bekannt gemacht"[4]) u. s. w. Aber schon die Wiederholung vieler Ukase zeigt deutlich, dass eine allgemeine Kenntniss der Gesetze nicht so leicht erzielt werden konnte und dass das Volk nicht alle vom Gesetzgeber erlassenen Verordnungen kennen konnte, weshalb es denn auch oft dieselben einfach nur aus Unkenntniss übertrat. Wie dem auch sein mag, jedenfalls musste ein Gesetzesübertreter seine Strafe erdulden, weil alles, was vom Gesetz verboten war, für ein Verbrechen galt.

Man kann hierbei etwas überaus Originelles aus der Zeit Peter's des Grossen nicht unerwähnt lassen, dass nämlich zu jener Zeit Vieles, was vom moralischen Standpunkte aus erlaubt wäre, gesetzlich verboten (und folglich auch bestraft)

---

[4]) Also Uebergang in die Warnungstheorie. K.

wurde. Wenn nach der Sobornoje Uloschenije diejenigen als Verbrecher bezeichnet wurden, welche beim Begehen einer Frevelthat „des Zornes Gottes nicht eingedenk waren und die Befehle des Kaisers verachteten“, oder „des Zornes Gottes und ihres eigenen Eides nicht eingedenk waren“, oder „weder Gott noch die Strafe und Ungnade des Herrschers fürchteten“, „den Zorn Gottes und das christliche Gesetz nicht achteten“ u. s. w., so galten nach den Ukasen Peter's des Grossen für Verbrecher bloss diejenigen, welche „die Rechte des Staates verletzten“, und zwar bloss als „Ukasverächter“ oder „Ukasverletzer“ u. s. w., und unterlagen als solche gerade der Strafe. Es war kein Zweifel, dass der Unterschied zwischen Moral und Recht in der Gesetzgebung gewissermassen als eine Neuerung erscheint im Vergleich zu jenen Zeiten, wo in den Augen des Gesetzgebers „mehr ein Bösewicht für einen Verbrecher galt als einer, der das Gesetz nicht befolgt“ (15.—16. Jahrhundert), oder sogar im Vergleich mit der Zeit der Sobornoje Uloschenije, wo ein Verbrechen darin gesehen wurde, dass, wie es die oben angeführten Beispiele zeigen, zugleich sowohl der Wille des Kaisers als auch das Gebot Gottes nicht befolgt wurde. Im 17. Jahrhundert haftet übrigens dem Begriffe: Verbrechen schon dieses Merkmal — die Nichtbefolgung des Gesetzes — fest an; „es blieb nun“, nach den Worten des bekannten Forschers Tschebyschow-Dmitrijew, „nur noch ein Schritt übrig, den Peter der Grosse in seiner Gesetzgebung auch gethan hat: zum Verbrechen wurde nämlich jetzt jegliche Verletzung und Nichterfüllung eines beliebigen Gesetzes gezählt . . .“ In den Ukasen Peter's I. wird dieser Begriff von Verbrechen überall durchgeführt (was sich nicht nur aus der Terminologie der Acten ergiebt, wovon Beispiele schon früher angeführt sind und noch öfters im Nachstehenden anzutreffen sein werden, sondern auch aus dem Charakter der Strafen, die für die verschiedenen Verbrechen festgesetzt waren). Dem jetzigen Forscher der Gesetze Peter's des Grossen fällt wohl unwill-

kürlich auf, dass auf die verschiedenartigsten Verbrechen und Vergehen ein und dieselben Strafen stehen. Was z. B. haben wohl das Tragen russischer Kleidung und des Bartes, das Nichterscheinen zur Musterung oder die Flucht vor der Musterung, ein Bittschreiben auf den Allerhöchsten Namen, das Bauen der Schiffe nach alter Sitte, das Nichtanzeigen der Diebe, das Umschmelzen alter russischer Münzen, das Fällen des Holzes in den Hegewäldern etc. mit einander gemein? und doch stand auf alle diese Verbrechen Zwangsarbeit. Das Gemeinsame aller dieser Verbrechen besteht jedoch darin, dass sie alle auf die „Nichtbefolgung“ oder „Hintansetzung“ der Ukase und dergleichen hinweisen[5]).

Weshalb gehören denn alle angeführten Beispiele und noch viele andere der Nichtbefolgung in Bezug auf ihre Strafen zu einer Gruppe? Man könnte annehmen, dass der Gesetzgeber alle diese Verbrechen für gleichbedeutend hält, weil einerseits (wie es ihm natürlich scheint) in allen diesen Fällen sich der böse Wille in gleichem Maasse äusserte, indem er sich seinen Befehlen widersetzte, und andererseits weil sie alle in gleicher Weise nach dem Schaden, den sie dem Staate zufügen, vom Gesetzgeber beurtheilt werden. Dass der Begriff des Schadens, welcher dem Staate gebracht wurde, auch die Strafe mehr oder weniger beeinflusste, unterliegt keinem Zweifel, da ja nach unserer Meinung gerade dadurch die so strenge Beurtheilung einzelner und so nachsichtige Beurtheilung anderer Verbrechen erklärt werden kann. Dieser Begriff ist nun recht klar in einem Ukase Peter's des Grossen, dessen Inhalt folgender ist, ausgedrückt. Die Bevölkerung kam augenscheinlich dadurch, dass Peter der Grosse beharrlich jenes Princip durchführte, dass nämlich jede Uebertretung des Gesetzes für ein Verbrechen galt, zu der Meinung, dass Alles, was nicht ausdrücklich verboten war, auch erlaubt und folg-

---

[5]) Das wäre also eine Art Normen- und Normübertretungstheorie. K.

lich auch kein Verbrechen sei. Bei solch einem casuistischen Charakter, den die damaligen Gesetze trugen, mussten oft sowohl vor Peter dem Grossen als auch zu seiner Zeit so manche Verbrechen, die auch auf bösem Willen beruhten, im Gesetze unerwähnt bleiben. Die Auslegung einer solchen Lücke in dem Sinne, dass dieses oder jenes gestattet sei, konnte sehr gefährlich werden, weshalb auch Peter der Grosse in seinem Ukase vom 24. December 1714 noch auf ein anderes Charakteristicum des Verbrechens, ausser der Nichtbefolgung hindeutet. Dieser Ukas lautet nämlich folgendermassen: „Wir thuen hiermit kund: da der Wucher sich stark verbreitet hat, viele Lieferungscontracte gefälscht und ähnliche Dinge offenbar geworden sind, und da sich Viele gleichsam zu ihrer Rechtfertigung damit entschuldigen, dass solches nicht verboten sei, dabei aber nicht erwägen, dass Alles, was dem Staate Schaden und Nachtheil verursachen könnte, schon ein Verbrechen ist"... So wird also hier ausser der Nichtbefolgung noch ein anderes Charakteristicum des Verbrechens: „der Nachtheil und Schaden des Staates" hervorgehoben. In einigen anderen Ukasen Peter's des Grossen werden diese beiden Elemente — die Nichtbefolgung und der Schaden — nebeneinandergestellt und dienen als Grundlage zur Bestimmung dieser oder jener Strafe für dieses oder jenes Vergehen. Es ist schwer zu bestimmen, welches von beiden Elementen das vorherrschende war; es scheint, dass in einigen Fällen, wo die Nichtbefolgung der Gesetze zu deutlich hervortrat und den Gesetzgeber in Aufregung versetzte (z. B. im Falle der Aenderung mancher alter und namentlich dem Volke besonders theurer Gewohnheiten) sie auch den grössten Einfluss auf die Grösse und Schwere des Verbrechens hatte; in anderen Fällen dagegen waren „der Nachtheil und Schaden", den der Staat durchs Verbrechen erlitt, so gross, sie schienen so gefährlich wie ein Präcedent für die Zukunft, wenn man ihn nicht durch strenge Massregeln hemmte, dass sie auf die Höhe der Strafe von Einfluss sein mussten. Es konnten natürlich

auch Fälle vorkommen, wo in Bezug auf das Verbrechen beide Momente dem Gesetzgeber gleich wichtig erschienen und deswegen von ihm auch in gleicher Weise in Betracht gezogen wurden. Weiter unten sollen als Beweis des hier Gesagten Beispiele angeführt werden. Jetzt sei nur dieses noch bemerkt, dass eine solche Auffassung des Verbrechens Peter dem Grossen eine grosse Freiheit verlieh sowohl in Bezug darauf, was als Verbrechen anzusehen sei und folglich auch bestraft werden müsse, als auch in Bezug auf die in der Gesetzgebung Peter's des Grossen häufig vorkommende, eigenartige Beurtheilung einer mehr oder weniger verbrecherischen That. Aus dem Gesagten geht deutlich hervor, dass wenn, wie auch N. S. Taganzew richtig bemerkt hat, nach der Sobornoje Uloschenije ein Verbrechen aus zwei Elementen: „Sündhaftigkeit“ und „Ungehorsam“, bestand, so traten in den Ukasen Peter's des Grossen als Grundelemente „der Ungehorsam und der Schaden“ (für den Staat) auf. Der Begriff „der Sündhaftigkeit“ war jetzt auf Vieles, was das Gesetz als Verbrechen erklärte, gar nicht mehr anzuwenden. Wenn dagegen nach der Sobornoje Uloschenije derjenige, welcher weder Gott fürchtete, noch den Zorn und die Strafen des Zaren scheute, gewöhnlich eine Frevelthat beging und dadurch das göttliche und menschliche Gesetz übertrat, so erfüllte er zur Zeit Peter's des Grossen nicht selten zwar das erstere, nicht aber das letztere; er fasste nämlich das göttliche Gesetz vielleicht nur etwas zu formell auf und glaubte so nach seinem besten Wissen und Gewissen gehandelt zu haben.

Nachdem wir den Begriff des Verbrechens nach der Gesetzgebung Peter's des Grossen festgestellt haben, wollen wir nun zum Abschreckungszweck zurückkehren, welcher der Strafe zu Grunde gelegt ist. Es ist bereits erwähnt worden, dass Peter dem Grossen Vieles, was vom moralischen Standpunkte aus nichts Böses vorstellte, bloss deshalb für verbrecherisch und strafbar erschien, weil es vom Gesetz verboten war. Der verstorbene Tschebyschow-Dmitrijew hat darüber folgende Be-

merkung gemacht, die in der That durch die Ukase Peter's des Grossen vollkommen gerechtfertigt ist; er sagt: „ebenso wie es falsch ist, die Wahrheit des Satzes zu bestreiten: nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legali — so ist es auch falsch, hieraus zu schliessen, dass eine That nur dadurch zum Verbrechen wird, weil das Gesetz sie verbietet." Aber in den Ukasen Peter's des Grossen galt solche That gerade deswegen und zwar überall für ein Verbrechen, wobei die traurige Lage der Menschen, deren (früher) gleichgültige Thaten jetzt als Verbrechen angesehen wurden, nicht allein darin bestand, dass der Gesetzgeber jede solche That streng bestrafte, sondern auch besonders darin, dass die Strafen gegen Gewohnheiten und Sitten gerichtet waren, welche von Alters her dem Volke geradezu heilig waren, und weder Furcht noch Gewissen es zwingen konnten, sich von ihnen loszusagen. So erwies es sich auch in der That. Wenn nun die Abschreckung, die der Strafe zu Grunde lag, im Allgemeinen nicht immer dem bösen Willen der Menschen Einhalt thun konnte, wie wir dieses bereits gesehen haben und auch noch weiterhin darauf hinweisen werden, so konnte sie um so weniger auf den guten Willen einwirken, da man ja, vom eigenen moralischen Standpunkte aus geurtheilt, nichts Böses begangen und nur seine eigenen Lebensanschauungen vertheidigt hatte. Wenden wir uns nun den Thatsachen zu.

Diese Thatsachen lassen keinen Zweifel darüber, dass die Idee des Abschreckens, welche die Grundlage der Gesetzesbestimmungen Peter's des Grossen bildete, theilweise die Rolle eines Mittels hat spielen müssen, durch welches die Bevölkerung gewaltsam gezwungen wurde, den reformatorischen Neuerungen Peter's I., die in Russland eingeführt werden sollten, Folge zu leisten. Dieses leugneten auch alle hervorragenden Männer des 18. Jahrhundert's nicht, wie z. B. der Fürst Tscherbatow; er behauptete, dass Peter der Grosse „ohne seine maasslose Selbstherrschaft die gestrebten Neuerungen in Russland nicht hätte einführen können." Wollen wir hier die Frage nicht

weiter anregen, ob er es wirklich konnte oder nicht. Jedenfalls ist es ausgemacht, dass die Strafe, die in vielen Ukasen Peter's des Grossen für die Nichtbefolgung seiner Forderungen festgesetzt war, so roh, ja sogar so grausam gewesen ist, dass der Gesetzgeber ohne Zweifel den Widerstand vorausgesehen hat und denselben durch Einflössen von Furcht vor grausamer Strafe hat bekämpfen müssen. Die ganz gewöhnlichen und keineswegs beleidigenden Gewohnheiten des Volkes, die Peter dem Grossen nun einmal aus irgend einem Grunde nicht gefielen, verfolgte er mit der Drohung, die Schuldigen zu Zwangsarbeit oder anderen schimpflichen Strafen zu verurtheilen; ebenso zogen auch die gewöhnlichen polizeiwidrigen Vergehen und Uebertretungen Galeerenstrafe, Confiscation des Vermögens, ja sogar Todesstrafe nach sich. Es ist auch kaum zu glauben, dass alle diese den Menschen Schrecken einflössenden Strafen thatsächlich im vollsten Maasse vollzogen zu werden pflegten. Man muss eher zugeben, dass es öfters bloss Drohungen sein sollten, wie es aus dem Weiteren deutlich ersichtlich sein wird. Jedenfalls hat der grosse Reformator diese rohen Strafen in so grossem Ueberflusse in seine Gesetze aufgenommen, ohne sie wunderbarer Weise mit der Schuld in Verhältniss zu bringen oder ohne die Schwierigkeit der Erfüllung seiner Vorschriften zu berücksichtigen . . . „Sollte Jemand mit russischen Kleidungsstücken oder Stiefeln zu handeln oder russische Tracht und einen Bart zu tragen wagen, so wird er für dieses Vergehen hart bestraft werden, all sein Gut, sowohl bewegliches als auch unbewegliches, soll erbarmungslos zum Besten des Staates confiscirt, er selbst aber zu Zwangsarbeit verschickt werden," so lautet ein namentlicher Ukas vom 29. December 1714. Ferner heisst es im Ukase vom 1. September 1715: „Der Zar hat befohlen, in St. Petersburg diesen seinen Ukas zu veröffentlichen, dass nämlich in Zukunft Niemand mit Hufeisen und Nägeln, mit denen die Stiefel und Schuhe beschlagen wurden, weder Handel treiben noch solche bei sich haben dürfe; auch sei es Jederman, welchen Standes er auch sei,

verboten — Fussbekleidung mit solchen Beschlägen zu tragen; sollte jedoch trotzdem Jemand es wagen, sich mit solcher Fussbekleidung öffentlich zu zeigen, so würde er aufs Strengste bestraft werden; die Kaufleute aber, die diese Waare zum Verkauf halten, würden zu Zwangsarbeit verschickt und ihr Vermögen confiscirt werden.“ „Vom Jahre 1719 an dürfe in den Privatwohnungen und Handlungshäusern weder mit Theer geschmiertes Leder noch aus diesem gefertigte Schuhwaaren vorrätig sein“ (das Leder sollte nämlich nach dem Ukase mit Fischthran geschmiert werden); wer diesen Befehl übertreten würde, dem stehe lebenslängliche Galeerenstrafe mit Verlust all seines Hab und Guts bevor, worauf die Fiscale zu sehen haben, wenn sie nicht derselben Strafe unterliegen wollen[6]).

Aehnliche Massregeln wurden ferner auch gegen das Barttragen und dergleichen ergriffen. Bevor wir noch andere Strafen besprechen, wollen wir noch etwas bei den Massregeln gegen das Barttragen verweilen und auf selbige näher eingehen. Nach unserer Anschauung trat bei ihnen hauptsächlich jene scharf ausgeprägte grausame Härte und vollständige Nichtachtung alter Volksgebräuche hervor, die man überhaupt in der Gesetzgebung Peter's des Grossen nicht selten antreffen kann. Weil Peter der Grosse so schnell als möglich das russische Volk, wenn auch nur dem Aeusseren nach, den Europäern ähnlich sehen wollte, berücksichtigte er bei der Einführung seiner Reformen weder die alten Gewohnheiten noch die Ansichten seines Volkes, welche den religiösen Vorstellungen desselben entsprachen. Das Barttragen war keine blosse Gewohnheit, an der man so hartnäckig, und zwar nicht allein deswegen, weil es eine eingefleischte, hergebrachte Sitte war, hing, sondern im Gegentheil das russische Volk, welches zur Zeit Peter's des Grossen so sehr fürs Tragen eines Bartes war, wusste zu Gunsten seines Eigensinns wichtige Argumente,

---

[6]) Das sind die abschreckenden Folgen der Ungehorsamstheorie im Strafrecht. K.

die in engem Zusammenhange mit seinem alten Glauben, seinem Kunstsinne fürs Schöne etc. standen, anzuführen. In Betreff dieser Frage sagt Th. J. Buslajew, ein gründlicher Kenner des alten russischen Volkslebens, in seinen Memoiren über Literatur und Kunst Folgendes: „Der Bart, der eine so wichtige Rolle in den griechischen und russischen Kirchengemälden spielte, ist zugleich das Symbol der russischen Nationalität, des russischen Alterthums und der Tradition geworden. Der Hass gegen den Latinismus, der in unserer Literatur schon im 11. Jahrhundert seinen Anfang nimmt und nachher in Folge des näheren Verkehrs unserer Vorfahren mit den westeuropäischen Völkern im 15. und besonders im 16. Jahrhundert seinen Höhepunkt erreicht, trug viel dazu bei, um im russischen Volke die Vorstellung zu erzeugen, dass der Bart als Kennzeichen der Entfremdung vom Latinismus, ein wesentliches Merkmal eines jeden Rechtgläubigen sei, und dass das Rasiren desselben mit dem rechten Glauben nicht übereinstimme, sondern von Ketzern zur Verderbniss und Schändung der guten Sitten ersonnen sei.“ Im 16. Jahrhundert „trugen alle Neuerungen und alles Fremdartige den Stempel des Fluches und ewigen Verderbens, dagegen galt alles Eigene, was von Alters her in der Ueberlieferung noch fortbestand, für heilig und heilbringend. Diese religiös nationale Anschauung bezog sich auch auf das Kostüm.“ Solcher Ansicht nun war man im 16. und 17. Jahrhundert über das äussere Aussehen des Russen. Man kann allerdings unserem werthen Alterthumsforscher nicht widersprechen, dass „die Neuerungen, die sich damals über Russland ergossen, ein so stattliches Attribut der russischen Tracht wie den Bart, den unsere alten Heiligenmaler so hätschelten und pflegten, nicht unberührt lassen konnten,“ andererseits aber muss man zugeben, dass jene Ueberlieferungen sich auf sehr ernste Grundlagen stützten, die eben deshalb plötzlich, auf den blossen Wunsch des Reformators hin, nicht aufgegeben werden konnten. Der unerwartete Befehl: das Aeussere des Volkes zu verändern, die strenge Er-

füllung dieses Befehls konnte nur dazu führen, dass im Volke der Eindruck einer gewaltsamen Zugrunderichtung alles dessen, was ihm seit alters her besonders lieb und theuer geworden war, erwuchs. Ebenso verletzte, nach den Worten desselben Forschers, „das plötzliche Rasiren des Bartes die Ueberlieferungen der Rechtgläubigen und die alten Volkssitten. Nach den Begriffen des 16. und sogar 17. Jahrhunderts war ein Russe, sobald er seinen Bart rasiren liess, nicht nur kein Rechtgläubiger, sondern sogar kein Russe mehr. Die alten Russen besassen keine ästhetischen, vom religiösen und praktischen Princip ausgeschlossenen Begriffe; deshalb erklärte sich auch die ästhetische Sympathie zum Bart nur durch die Zuneigung des Volkes zur Orthodoxie und Nationalität.“ Wenn dieses sich aber wirklich so verhält, so traten die Russen, die gegen Peter den Grossen ihren Bart vertheidigten, in diesem Falle zugleich auch für „die Orthodoxie und ihre Nationalität“ auf. Nicht nur die alte byzantinisch-russische Kunstmalerei, wie es aus den erwähnten Forschungen Th. J. Buslajew's ersichtlich ist, zwang „jene heilige, künstlerisch-religiöse, nationale Charakteristik“ zu bewahren, sondern auch die ganze Moral der beiden letzten Zeitalter vor der Reform machte es nothwendig. Der Stoglaw war aber, wie G. B. Jesipow richtig bemerkt, „unterm Volke als Manuscript in Tausenden von Exemplaren verbreitet: die dort ausgesprochenen Verhaltungsmassregeln und Drohungen prägten sich daher im Gedächtniss des Volkes sehr scharf ein“ . . . Ferner suchte der Patriarch Adrian im XV. Capitel seines am Schlusse des 17. Jahrhunderts erlassenen und aus 24 Capiteln bestehenden Circularschreibens die Bevölkerung von der verderblichen Ketzersitte des Bartrasirens zu überzeugen, wobei er dasselbe mit verschiedenen Strafen bedrohte. Ausserdem war noch gerade zur selben Zeit im Volke ein anderes vom Patriarchen eigenhändig verfertigtes Schreiben desselben Inhalts stark verbreitet, so dass die Reform Peter's des Grossen gerade zu einer solchen Zeit stattfand, wo sein Volk für dieselbe nicht nur nicht vorbereitet

war, sondern im Gegentheil von der Unantastbarkeit des Bartes fest überzeugt war und das Rasiren und Beschneiden desselben für eine Todsünde hielt.

Uns erscheint vielleicht sonderbar jene Anhänglichkeit des Volkes zum Aeusserlichen, jene Gleichstellung der Form mit dem eigentlichen Gegenstand, weshalb „auch die seit Jahrhunderten gepflegte Liebe zum Barte“, wie Th. J. Buslajew sich darüber bildlich ausdrückt, „mit der Hingebung des Volkes zur Orthodoxie und Nationalität zusammenschmolz.“ Man muss jedoch in das Verständniss der ganzen damaligen Moral, welche auf der höchsten Achtung alles Herkömmlichen und Alterthümlichen beruhte, tief eindringen, um begreifen zu können, dass, während das Volk sich an der Form hielt, es sich zugleich auch am Wesen halten konnte, denn sowohl in der Vorstellung seiner Lehrer, denen es zu glauben gewöhnt war, als auch in den Gemälden und Heiligenbildern, durch welche sich seit Jahrhunderten der Volksgeschmack ausgebildet hat, musste das äussere Aussehen einem bestimmten inneren Werthe (Inhalt) entsprechen. Wenn nun in den Miniaturbildern des 17. und selbst des 18. Jahrhunderts, wie Th. J. Buslajew nachweist, „Teufel, Tataren und alle übrigen Unchristen“ immer bartlos dargestellt wurden; wenn ferner der Patriarch Adrian kurz vor der Reform, als er so sehr gegen das Bartrasiren war, ausrief: „hört ihr Bartrasirer . . . verflucht war jedes unzüchtige Ungethüm noch von den Archierejen und den früheren allerheiligsten Patriarchen, denen auch wir uns anschliessen,“ d. h. mit andern Worten, „auch wir verfluchen euch Alle“; — wie muss wohl damals der Seelenzustand des russischen Volkes gewesen sein, dem plötzlich vorgeschrieben wurde, alle früheren Ueberlieferungen und Vorstellungen „von der ihnen von Gott ertheilten Schönheit“ zu vergessen und nach Vollbringung dieser „unanständigen Handlung sich auf gleiche Stufe mit den unvernünftigen Thieren“, mit der Katze oder dem Hunde, „die alle bartlos sind,“ zu stellen? Daher ist es nicht zu verdenken, wenn im Volke sich Leute fanden,

die bereit waren die grössten Qualen zu erdulden, um nur „die bösen, ketzerischen Sitten“, wie sich derselbe Patriarch Adrian ausdrückt, nicht anzunehmen. Ebenso ist es auch nicht zu verdenken, dass selbst Peter der Grosse sich nicht entschliessen konnte, das ganze Volk gewaltsam zum Bartrasiren zu zwingen, und dass er sogar zuweilen davon die Personen befreite, auf die nach dem Ukase jener Befehl hätte ausgedehnt werden können. Aber neben diesen Ausnahmen fand man dennoch genug Gelegenheit, Gewalt und Strafen zu üben und über Viele, die am Alterthümlichen hingen, zu spotten. In diesen Fällen stiess, wie derselbe Th. J. Buslajew richtig bemerkt, „die byzantinische Hartnäckigkeit — den Bart zu behalten, in Russland auf dieselbe Hartnäckigkeit — den Bart zu rasiren. Es ist dieselbe Inertion, dasselbe Verfahren, nur in entgegengesetzter Richtung, sogar dieselbe Achtung der Pflicht und Schuldigkeit, nur nicht des byzantinischen und altrussischen Bartes, sondern der Bartlosigkeit des Westens. Darum versetzte auch der Loskauf des Bartes (den Peter der Grosse bekanntlich im Jahre 1699 eingeführt hatte; um sich von der Bezahlung des Loskaufsgeldes überzeugen zu können, dazu diente ein besonderes Abzeichen) nicht nur die Losgekauften, sondern auch die Verkäufer solch eines Rechtes in eine lächerliche Situation.“ Dass die Lage der Letzteren eine lächerliche gewesen ist, muss man wohl zugeben; was jedoch die Losgekauften anbetrifft, so ist ihre Lage wohl kaum als eine lächerliche zu bezeichnen[7]).

Die Frage des gewaltsamen Bartabschneidens ist natürlich nur eine von den speciellen Fragen der Reform, welche jedoch dieselbe im Allgemeinen gut charakterisirt. Ohne sich länger bei den vielen Ukasen aufzuhalten, die sich alle auf das Tragen russischer Kleidung und dergleichen bezogen, sei nur noch

---

[7]) Bei dieser Werthschätzung des Bartes im Orient zeigt sich auch die Wichtigkeit der Verpfändung des Bartes, wie sie zur Zeit der Kreuzzüge vorkam. Vgl. meinen Shakespeare S. 63. K.

Folgendes erwähnt: In der Literatur ist die Meinung allgemein vertreten, dass „der Zar eine Annäherung mit den Ausländern erstreben wollte, indem er seine Unterthanen zwang, den Bart zu rasiren und eine deutsche Tracht zu tragen.“ Dabei führt S. M. Solowjew noch an, dass „das Volk sich noch vor Peter dem Grossen dem Westen zugewandt hat, dass es sich noch vor Peter I. nach einer neuen Richtung hin zu entwickeln begonnen hat und dieses sich unwillkürlich auch in der Kleidung und im Tragen des Haares allmählich aussprechen musste.“ Schon lange vor Peter dem Grossen, noch seit der Regierung Boris Godunow's kann man ohne Zweifel eine Nachahmung der Ausländer wahrnehmen, wie z. B. in der Kleidung, im Rasiren des Bartes und dergleichen; ebenso unterliegt es keinem Zweifel, dass, „sobald die Vorzüglichkeit der Ausländer erkannt worden war und sobald sich die Nothwendigkeit gezeigt hatte, von ihnen zu lernen, man alsbald begann, ihnen nachzuahmen; diese Nachahmung musste natürlich und nothwendig Anfangs nur im Aeusserlichen sich offenbaren,“ wie ebenfalls jener Gelehrte erzählt. Jene ungezwungene Nachahmung, das Resultat einer gegenseitigen Annäherung, ist aber natürlich doch etwas ganz Anderes als diese gewaltsame Nachahmung, die schnell und streng eingeführt wurde, trotzdem dass sich im Volke deutliche Zeichen von Unzufriedenheit, wie solches bei Peter dem Grossen oft der Fall war, kund thaten, welche gewöhnlich im Preobrashenskischen Prikase einen blutigen Ausgang nahmen. In Veranlassung dieses gewaltsamen Bartrasirens und Aenderung der Kleidung sagt S. M. Solowjew: „Die Art und Weise, mit welcher Peter der Grosse gegen das Tragen eines Bartes und russischer Tracht vorging, war ihm schon von seinen Vorgängern überliefert worden; eine andere Art wäre zu damaliger Zeit nicht denkbar gewesen. Der Zar Alexei Michailowitsch spricht sich gegen das Bartrasiren aus, indem er die Widerspenstigen mit Degradirung im Rang zu bestrafen droht. Der Zar Theodor Alexeijewitsch befahl, anstatt der langen, plumpen,

einreihigen Bauerröcke kurze Oberröcke zu tragen. Der Patriarch bestrafte wiederum seinerseits mit Kirchenbann die Anhänger der hellenischen Sitte. Desgleichen schaffte auch Peter der Grosse gewaltsam das Tragen der Bärte und der russischen Kleidung ab.“ Mit Ausnahme des Ukases des Zaren Theodor betreffs des Tragens der langen Oberröcke, der so wie so von nicht grosser Bedeutung war, können die übrigen Ukase des Zaren Alexei und die Sendschreiben des Patriarchen Joachim, die gegen das Bartrasiren gerichtet waren, mit den Bestimmungen Peter's des Grossen, in welchen er das Bartrasiren und Tragen deutscher Kleidung befiehlt, kaum noch verglichen werden. Denn im ersteren Falle wurden die uralten Sitten, die ihre Grundlage in der Religion und im Kunstsinne des Volkes hatten, durch gewöhnliche Abschreckungsmassregeln aufrecht erhalten, während im letzteren Falle mit denselben Massregeln, wobei noch das Element des Abschreckens bedeutend verstärkt ward, etwas ganz Neues, das mit den Vorstellungen des Volkes keineswegs übereinstimmte, eingeführt werden sollte. Hier ging die Reform gleichsam bewusst einer Aufwiegelung der Volksmenge entgegen und wurde daher die Ursache vieler blutigen Opfer. Im ersteren Falle dagegen beruhigte das Aufrechterhalten der allgemeinen Volksüberzeugung gegen nur wenige Neuerungen die Menge. Der grosse Unterschied zwischen den vielen Massregeln Peter's des Grossen und der Gesetzgebung seiner Vorgänger bestand eben darin, dass erstere oft dagegen gerichtet waren, was das damalige russische Volk nicht nur aus Furcht, sondern auch nach dem Gewissen zu befolgen sich verpflichtet fühlte. Selbstverständlich musste die Gewalt, die mit diesen Massregeln verbunden war, das Volk schwer drücken und konnte es nicht nur nicht zur Annahme der ihm unverständlichen Neuerungen geneigt machen, sondern bestärkte es noch mehr in seiner Widersetzlichkeit.

Wollen wir noch auf eine Eigenthümlichkeit in den erwähnten Massregeln hinweisen, die sich auf das Barttragen

und die deutsche Kleidung bezogen. Wenn der Gedanke der wenn auch Anfangs nur äusserlichen Annäherung des Russen mit dem Ausländer in jenen Massregeln ohne Zweifel eine wichtige Rolle spielte, so bildete er allein jedenfalls nicht den ganzen Inhalt jener Massregeln. G. W. Jesipow, ein Kenner der über Peter den Grossen verfassten Manuscripte, führt noch einen Grund für die Reform der Kleidung an, welcher unmittelbar aus jenen Gerüchten hervorgeht, die damals in Moskau in Folge der grossen Liebhaberei Peter's des Grossen für alles Fremdländische allgemein im Volke verbreitet waren: „Peter dem Grossen, als einem klugen Manne, war es wahrscheinlich nach seiner Rückkehr aus dem Auslande unangenehm, unter den Bojaren, die russische Kleidung trugen, in seinem deutschen Oberrocke und Dreimaster zu paradiren. Er glich zu sehr einem Fremdling und hatte nicht das Aussehen eines russischen Zaren; er erschien wie ein Ausländer, der das russische Reich nur verwaltet. Im Tausche der nationalen Kleidung mit der deutschen und im Bartrasiren offenbarte sich daher nicht nur die Idee der Annäherung mit dem Auslande, sondern auch die gereizte persönliche Eigenliebe Peter's des Grossen, welche durch nichts zurückgedrängt werden konnte: weder durch die Achtung vor dem Alterthümlichen, noch durch die Berücksichtigung der Volksgebräuche und klimatischen Verhältnisse.“ Die persönliche Eigenliebe allein veranlasste allerdings nicht die erwähnte Kleidungsänderung, aber sie konnte jedenfalls ohne Zweifel Einfluss haben auf den Charakter dieser Massregeln, auf jene Härte und Eile, mit welcher sie durchgeführt wurden. Dieses kann man übrigens auch an einem Beispiele sehen, welches S. M. Solowjew anführt; er sagt: „Ohne Zweifel war das Erste, was Peter der Grosse sofort nach seiner Rückkehr nach Moskau that, dass er die Untersuchungsacta über die Strelitzen zu sehen verlangte, und es ist leicht begreiflich, mit welchen Gefühlen er ihre Gesuche gelesen, die alle mit argen Vorwürfen gegen Franz Lefort (d. h. gegen Peter selbst) und gegen die Deutschen,

die das Bartrasiren pflegten, erfüllt waren. „Ich bin ein Deutscher und bin für's Bartrasiren?! da habt ihr jetzt — eure Bärte!“ Selbstverständlich ist dieses Beispiel nicht das einzige. Der Preobrashenskische Prikas enthält noch viele Beispiele hierüber. So wird z. B. aus einer Gerichtsverhandlung Folgendes wiedergegeben: „Es sei gegenwärtig kein Herrscher in Moskau, denn derjenige, welcher jetzt auch in Moskau regiert, was ist er für ein Regent? Es ist der Sohn des Lefort, aber kein Kaiser. Und seht einmal: er verleitet zu seinem bassurmanischen Glauben sogar die rechtgläubigen Christen und befiehlt ihnen, deutsche Kleider zu tragen; wer aber solche Kleider anlegt, der ist wahrlich ein Bassurmaner . . .“ „Ich stehe für den Zar,“ rief ein Nishnij-Nowgorodscher Bürger aus, „ich bin aber gekommen, um dem Kaiser mitzutheilen, dass er unseren christlichen Glauben verletze, indem er uns befehle, den Bart zu rasiren, deutsche Kleider zu tragen und Tabak zu rauchen“ . . . In allen diesen Dingen stand der Name Peter's des Grossen oben an, auf ihn bezog sich der Tadel des Volkes, auf ihn wurde die Schuld gewälzt seiner Neuerungen und jener Bürden wegen, welche der Bevölkerung jetzt auferlegt waren. Es ist daher kein Wunder, dass Peter der Grosse die Nichtbefolgung seiner Neuerungen, nachdem er sie Anfangs durch Scherze und Ueberredungskünste einzuführen versucht hatte (wie es z. B. am 25. August 1698 geschah, als Peter der Grosse im Preobrashenskischen Prikase den Bojaren selbst die Bärte rasirte), zuletzt mit harten Strafen belegte, weil er eben weder Zeit noch Geduld hatte zu warten, wann seine Ueberredungskünste und Scherze ihre Wirkung haben würden. Selbstverständlich musste dann auch in den Massregeln selbst die persönliche Gereiztheit durchzufühlen sein . . .

Wenn man durch die obenerwähnten Massregeln manche äusserlichen Veränderungen der Russen erreichte, so wurden sie aber auch in dem Falle ergriffen, wenn es sich um die Aenderung seiner Gewohnheiten oder um die Aneignung neuer

Lebensanschauungen in dieser oder jener Hinsicht handelte. Es ist z. B. bekannt, welcher Achtung sich die Bettler im alten Russland erfreuten. Dadurch, dass das Volk die Armen nach Möglichkeit unterstützte, erfüllte es, so gut es ging, die schwierige Aufgabe der allgemeinen Armenpflege. Die ganze Moral der früheren Jahrhunderte verpflichtete unbedingt einen Jeden zur Unterstützung der Armen. Jetzt aber wird dieses bei harter Strafe verboten und das Betteln selbst wird streng, wenn auch wenig erfolgreich, verfolgt. So z. B. schreibt der Ukas vom 20. Juni 1718, da das Betteln trotz vieler Verbote sich dennoch stark vermehrt hat, vor: „Falls Jemand zum ersten Male beim Betteln ertappt würde, so solle er unbarmherzig mit Ruthen geschlagen und, gemäss eines früheren Ukases, in seine Heimath zurückgeschickt werden; beim zweiten oder dritten Male solle er auf dem Markte öffentlich gegeisselt und zur Zwangsarbeit verschickt werden; die Weiber sollen ins Spinnhaus geschickt werden und Kinder gepeitscht und darauf in einer Tuch- oder andern Manufacturfabrik untergebracht werden" . . . „Die Bevölkerung Russlands", sagt Pryshow, „nahm die Armen stark in Schutz und empörte sich daher gegen Peter nicht seiner grausamen Massregeln wegen — diese waren ja im Geiste der damaligen Zeit —, sondern wegen seines Unglaubens, den er gegen den Bettler hegte." Man kann natürlich mit der Ansicht übereinstimmen, dass die strengen Massregeln sich aus alter Zeit vererbt haben, aber die Sache ist hier die, dass im gegebenen Falle, wie in vielen andern, diese Massregeln gegen althergebrachte Sitten und Gebräuche gerichtet waren, die dem Volke sehr theuer waren, was früher fast niemals vorkam; und deshalb waren sie dem Volke auch so sehr drückend.

Wollen wir noch ein Beispiel einer alten Volkssitte anführen, welche von grosser Bedeutung für die frühere Gesetzgebung war. Bekanntlich hatten einzelne Personen und ganze Gesellschaften das Recht, dem Zaren unmittelbar selbst über ihre Bedürfnisse und Interessen Gesuche einzuhändigen. Peter der Grosse hat auch unzweifelhaft viel Nützliches gethan, in-

dem er die Organe der Staatsverwaltung umgestaltete, um eine gewisse Ordnung unter denselben einzuführen; er hat sich auch viel bemüht, um durch Einführung von verschiedenen Instanzen in den Behörden den Klagen der Bevölkerung einen gesetzmässigen Gang zu geben. Aber trotzdem hörte die Bevölkerung nicht auf, Peter den Grossen mit verschiedenen, vernünftigen oder sinnlosen Bitten zu überhäufen, sei es deswegen, weil das Volk sich nicht gut an diesen complicirten Mechanismus der neuen Verwaltung gewöhnen konnte, oder sei es, weil in ihm noch die alte Ansicht über sein Verhältniss zum Träger der höchsten Gewalt fortbestand. Dasselbe, was Peter der Grosse augenscheinlich empfand, das musste auch Johann der Grausame erfahren haben, da er sich in einer seiner Urkunden in Anlass dieser ununterbrochenen und unaufhörlichen Zuströmung von Bittschriften ausspricht, dass „er von den übermässig langen Gesuchen der Bauern fortwährend belästigt werde“. Solche Belästigungen waren aber auch dem grossen Zar-Reformator unerträglich geworden, denn sie lenkten ihn von seinen grossen Gedanken und Thaten ab. Er dachte aber nicht daran, sich über diese Belästigung zu beklagen, sondern schaffte diese Sitte, wie auch viele andere, durch Drohung mit schrecklichen Strafen ab. Von den vielen Ukasen, die das persönliche Ueberreichen von Bittschriften an den Zaren verboten, wollen wir einen der letzteren, und zwar den vom 6. April 1722, erörtern. Im letzteren erwähnt der Kaiser eine ganze Reihe von Ukasen, vom Jahre 1714 an bis zum Jahre 1722, in welchen vorgeschrieben war, dass „sich Niemand erdreisten dürfe, bei Ueberreichung eines Gesuches auf den Allerhöchsten Namen die betreffenden Behörden und den Senat zu umgehen“ (diese Behörden und Personen, wie z. B. der General-Requetenmeister, werden im Ukase ausführlich aufgezählt), und gesteht ferner ein, dass „trotz aller dieser Verbote die Bittsteller den Zaren durch ihre Dreistigkeit bei jeder Gelegenheit belästigen, indem sie ihre Gesuche Sr. Majestät persönlich überreichen und ihn nirgends

unbehelligt lassen.“ Peter der Grosse fordert nun aufs Neue, dass „Sr. Majestät keine Gesuche persönlich überreicht werden dürfen“; widrigenfalls würden die Schuldigen, „selbst wenn sie darum, was ihnen zukommt, bitten, für diese Dreistigkeit und Nichtbeobachtung seiner Befehle gemäss einem früheren Ukase öffentlich streng bestraft und zu Zwangsarbeit verschickt werden.“ Jedoch dieser Volksbrauch, der allmälig im Laufe der Zeit entstanden ist, konnte schwer vernichtet werden, weshalb auch das Gesetz noch lange mit dieser Sitte zu kämpfen hatte . . . Ferner beklagt Peter der Grosse sich in einem früheren Ukase über die Zudringlichkeit des Volkes und sucht seine Unterthanen folgendermassen zu überzeugen; er sagt: „Da die Bittsteller Se. kaiserliche Majestät mit verschiedenen Klageschriften über erlittene Beleidigungen unaufhörlich, wo sie nur können, belästigen und nirgends Ruhe gönnen, so müsse doch Jeder (wenn es auch klar ist, dass Jeden die erlittene Kränkung unerträglich schmerzt) bedenken, wie gross die Menge der Gesuche ist, die täglich einlaufen, und an wen sie gerichtet ist: es sei ja nur eine einzige Person, die bekanntlich mit vielen anderen Arbeiten schon überhäuft ist; ist denn diese einzige Person im Stande, auch wenn sie nicht so sehr in Anspruch genommen wäre, diese grosse Menge von Bittstellern zufrieden zu stellen? Wahrlich, dieses ist weder dem Menschen noch den Engeln möglich.“ Aber, wie es scheint, half doch nichts, weder Ueberzeugungen noch Strafen.

Die Wirkung des Schreckens vor harten Strafen aufs Volksleben in dieser oder jener Hinsicht wird in der Gesetzgebung Peter's des Grossen bis ins Unendliche lebhaft geschildert: Bald wird es verboten, „Wasserfahrzeuge nach alter Bauart mit eisernen Krampen anzufertigen, anstatt nach der neuen Bauart . . . Schuten u. dergl. zu bauen,“ wofür Confiscation und Zwangsarbeit den Schuldigen droht; bald werden Strafen für diejenigen festgesetzt, „die in der Kirche eine Unterhaltung anknüpfen oder sogar sich dort ungebührlich benehmen“; bald drohen Geldstrafen denen, welche Häuser „nicht

linienmässig“ bauen oder umbauen, welche im Kreml oder Kitaigorod (einem Stadttheil Moskaus) statt steinerner — hölzerne Häuser bauen und dieselben „nicht mit Dachziegeln oder Schindeln decken“ u. dergl. m.; bald Galeerenstrafe denen, welche es zum zweiten Male thun; bald werden Fuhrleute und andere Personen, die mit ungezäumten Pferden umherfahren, fürs erste Mal mit Peitschenschlägen und fürs zweite Mal mit Zwangsarbeit bestraft. Von Landwirthen wurde verlangt unter Drohung mit Zwangsarbeit und Folter und Confiscation, dass der zum Verkauf bestimmte Hanf gebrochen und in Ballen gepackt würde, und nicht wie es von den Kaufleuten verlangt wird. Endlich wurde das gar zu viele Aushauen der Hegewälder mit Todesstrafe bestraft u. s. w.

Ehe wir nun diese unsere Darstellung schliessen, wollen wir noch bemerken, dass dieser Kampf des Gesetzgebers recht erfolglos war, weshalb er auch ein und dieselben Befehle mehrere Jahre hindurch wiederholen musste, wobei er die Strafen bald verstärkte, bald milderte oder den Charakter derselben gänzlich änderte. So wurde z. B. noch im Jahre 1715 zum ersten Mal verboten, Wasserfahrzeuge alten Musters zu bauen; dieses Verbot musste nun bis zum Jahre 1725 oft wiederholt werden. Dieses ist ein verhältnissmässig recht langer Zeitraum, namentlich, wenn man die Energie berücksichtigt, mit welcher diese Sache Anfangs betrieben wurde. So hiess es im Ukase vom Jahre 1715: „Falls Jemand gegen diesen Ukas Fahrzeuge nach der alten Bauart mit Krampen bauen sollte, so solle beim ersten Male von ihm eine Geldstrafe von 200 Rubel für jedes Fahrzeug erhoben werden, bei Wiederholung dieses Vergehens aber solle all' sein Hab und Gut confiscirt und er selbst zu Zwangsarbeit auf zehn Jahre verurtheilt werden.“ Fünf Jahre darauf wird im Ukase vom Jahre 1720 constatirt: „dass trotz mehrfacher Wiederholungen Viele gegen diesen Ukas auch jetzt noch Fahrzeuge nach altem Muster bauen,“ und deshalb werden die vorher festgesetzten Strafen hier nicht nur bekräftigt, sondern es wird

noch befohlen, „alle angefertigten, wie auch noch im Bau begriffenen Fahrzeuge alten Musters, wo man sie auch nur finden sollte und wem sie auch gehörten, sofort zu zerhacken.“ Nach zwei Jahren, und zwar am 18. Juli 1721 schreibt Peter der Grosse an den Senat Folgendes: „Dass Strusen ohne Krampen gebaut werden sollen, darüber sind schon längst viele Befehle erlassen worden, die jedoch, wie ich mich überzeugen konnte, nur am Flusse Oka befolgt werden, und zwar deswegen, weil in jene Gegend der Commandant von Moskau geschickt war, um dort die Schuldigen dafür zu strafen; von Nishnij-Nowgorod aber längs der Wolga bis Astrachan hinunter sind alle Fahrzeuge mit Krampen versehen, weshalb auch während der letzten Expedition viele unserer Fahrzeuge verloren gegangen sind. Demzufolge möge der Senat den Befehl erlassen, dass die Verwalter der Städte, in welchen solche Fahrzeuge angefertigt wurden, Aussagen einsenden, warum man dort gegen unseren Befehl das Bauen dieser Fahrzeuge gestattet habe; die Schuldigen sollen nach Verdienst bestraft werden.“ Dieser Ukas beweist einerseits, dass die Befehle nirgends befolgt wurden, ausser an den Orten, wo der Commandant Strafen vollzogen hatte, andererseits, dass die Strafen nicht allein die Besitzer der Fahrzeuge trafen, sondern auch die Wojewoden (Stadtverwalter). Von der Bestrafung der Besitzer dieser Fahrzeuge wird in diesem Ukase eigentlich gar nichts erwähnt; es wird bloss dem Senat vorgeschrieben, dass „alle mit Krampen versehenen Fahrzeuge, welche mit Waaren zurückkehren, um zu überwintern, am Landungsplatze zerhackt werden sollen; die Fahrzeuge aber, deren Besitzer versprechen dieselben umzubauen, sollen nicht vernichtet werden“ (hierauf folgt eine Beschreibung, wie dieselben umgebaut werden müssen). Vergleicht man den angeführten Ukas mit dem vom Jahre 1715, so sieht man, dass der Gesetzgeber seine Ansicht betreffs dieser Frage geändert hat, als hätte er sich von der Fruchtlosigkeit des Kampfes überzeugt, denn er droht nicht mehr mit solchen Strafen, die er früher öfters wiederholt hatte. In dem Ukas

vom 8. September desselben Jahres ändert Peter der Grosse einigermassen seinen früheren Entschluss, und am 26. October stellt er sogar zeitweilig den Kampf gegen die alten Fahrzeuge gänzlich ein, indem er den Befehl erlässt, dass diese den Besitzern zurückgegeben werden sollen und „dass die Fahrzeuge alten Musters nur noch während des nächsten Sommers gebraucht werden können, vom Jahre 1724 aber dürfen diese Fahrzeuge keineswegs mehr benutzt werden.“ Aber dieser grosse Kaiser hatte sich, wie in manchen anderen Fällen, so auch in diesem verhältnissmässig unwichtigen Falle des Kampfes gegen die alte bestehende Ordnung wiederum geirrt, wenn er auf eine rasche Entscheidung dieser oder jener Frage hoffte. Einige Monate nach seinem Tode gewährt seine Nachfolgerin noch einen dreijährigen Aufschub für die Benutzung der alten Fahrzeuge. Aehnliche Fristverlängerungen und sogar vollständige Tilgung verschiedener Verpflichtungen, die der Zar-Reformator seinen Unterthanen auferlegt hatte, kann man in Menge nachweisen. Wir wollen uns jedoch auf die erwähnten Beispiele beschränken.

III.

Wir glauben, dass das Gesagte vollkommen genügt, um damit einverstanden zu sein, dass die Abschreckung nach den Gesetzesbestimmungen Peter's des Grossen den Hauptzweck der Strafen bildete, welch letzterer theils durch die Grausamkeit, theils durch den schimpflichen Charakter dieser Strafen erreicht wurde. In ausnahmsweisen Fällen, und zwar dann, wenn es dem Gesetzgeber nach erfolgloser Anwendung aller Abschreckungsmassregeln und Drohungen nur darauf ankam, dem Uebel so schnell und sicher als möglich auf irgend eine Weise Einhalt zu thun, wurde die Ausrottung der Verbrecher bezweckt. Und noch seltener verfolgte die Strafe, wie es scheint, den Zweck der Besserung. Dieser Zweck wurde klar und deutlich von der christlichen Kirche verfolgt,

und auf diesem Besserungsprincip ruhte hauptsächlich die ganze canonische Gesetzgebung der allgemeinen Kirche, wie dieses z. B. Prof. N. S. Suworow in seinem ausführlichen Werke „Die Kirchenstrafen“ beweist. Mit der Annahme des Christenthums kam diese Idee auch zu uns, indem sie hier eine Reihe von Modificationen erfahren musste, die das Resultat einer besonderen Stellung der Kirche selbst im russischen Reiche waren und zugleich ein Resultat jenes Kampfes gegen die byzantinischen Ideen, die ihren Einfluss zu erhalten bestrebt waren. Der erwähnte achtungswerthe Verfasser weist nach, dass zu der Zeit, wo in der griechischen Kirche „fast ausschliesslich nur zwei Strafen — der Kirchenbann und die Kirchenbusse — Anwendung fanden“, in der russischen Kirche neue Kirchenstrafen erschienen — Geld- und körperliche Strafen —, die Strafen der allgemeinen Kirche dagegen — der Kirchenbann und die Busse — manche Veränderungen in ihrem Charakter erfuhren. Uns ist es von Wichtigkeit, jene Schlüsse, wenn auch nur kurz, zu erwähnen, zu denen der Autor in Bezug auf „das Bussensystem“ der Strafen gelangt ist, da gerade in diesem System sich die Idee der Besserung am deutlichsten abspiegelt. Wenn in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts die russische Kirche „noch Einiges von dem alten Bussensystem des Ostens bewahrte“, so „erschien in der zweiten Hälfte des 16. und besonders im 17. Jahrhundert die offene Kirchenbusse gewöhnlich in einer Art von Klosterzwang, welche wiederum öfters in eine sogen. ‚Demüthigung‘ überging.“ Wenn schon im „Moskau'schen Russland“ die Kirchenbusse solch einen Charakter angenommen hatte, so musste sie während der Regierung Peter's des Grossen noch grössere Veränderungen erfahren. Zu diesen zählt Prof. Suworow erstens „die Festsetzung der Kirchenbusse für Criminalverbrechen durch eine weltliche Gesetzgebung (Kriegsreglements) neben anderen repressiven, im eigentlichen Sinne criminellen Massregeln;“ und zweitens, „dass die Kirchenbusse, neben criminal-strafende Massregeln gestellt, auch diesen criminal-

strafenden Charakter annehmen musste. Hier fragte es sich nicht mehr, ob der Verbrecher seine That bereut oder nicht — dem Gesetzgeber war es gleichgültig: die Thatsache war einmal offenbar, das Verbrechen vollbracht, folglich musste auch vergolten werden.“

So erwies sich also auch der Boden, auf welchem das Besserungsprincip als Zweck der Strafe die grössten Resultate geben konnte, im 18. Jahrhundert untauglich, und sowohl die kirchlichen als auch die weltlichen Strafen lassen in gleicher Weise die Idee des Abschreckens durchblicken. Daher muss man gestehen, dass die Strafmassregeln des 18. Jahrhunderts nur zufällig den Zweck der Besserung verfolgen, und wenn auch eine Besserung zuweilen durch manche Formen dieser Massregeln erreicht wurde, so kann dieses nur selten der bewussten Thätigkeit des Staates zugerechnet werden. Dieses gilt hauptsächlich von der Regierungszeit Peter's des Grossen. Diese nach allen Seiten des Volkslebens hin gerichtete fieberhafte Thätigkeit, welche von Peter dem Grossen selbst angeregt wurde, verlangte rasche und durchgreifende Massregeln zum Kampf und konnte natürlich zu ihrem Werkzeuge kein langsam wirkendes und schwer organisirbares Princip, wie das Princip der Besserung, wählen. Natürlich übertrifft dieses Princip, als ein Verbrechen vorbeugendes Mittel, alle übrigen, besonders im friedlichen Laufe des bürgerlichen Lebens. Aber während jener Kampfperiode der vielen Reformen, die in der Gesellschaft allzu häufig auf Widersetzlichkeiten stiessen, war die Besserung ein viel zu schwaches Mittel . . . Der Gesetzgeber benutzte es auch nicht und organisirte die Strafe einerseits so, dass sie die Widerspenstigen abschrecke, und andererseits so, dass sie in Zukunft Verbrechen vorbeuge, zumal die Drohungen wenig halfen und auch beim Gesetzgeber der Verdacht auf ein mögliches Recidiv erwachte. Diese vorbeugenden Massregeln waren theilweise dieselben, die zum Zweck des Abschreckens ergriffen wurden, wie z. B. die Todesstrafe, die schwersten Körperstrafen, die Gefängnisshaft, Ver-

schickung u. s. w., theilweise bezweckten sie die Sicherheit des Landes. So war es denn im höchsten Grade wichtig, dass man bei den damals unzuverlässig gebauten Gefängnissen, bei der Leichtigkeit, sich der Obrigkeit zu entziehen, indem man sich in den unbewohnten Ebenen und undurchdringlichen Wäldern des damaligen Russlands leicht bergen konnte u. s. w., vor allen Dingen ein für alle Mal dem Menschen ein Merkmal gab, an dem man ihn beim ersten Begegnen sofort wiedererkennen konnte. Dieser Zweck wurde im 17. Jahrhundert, wie N. D. Sergijewski bezeugt, sowohl „durch Abschneiden gewisser Körpertheile erreicht, die zur Vollbringung eines Verbrechens nothwendig waren", als auch „durch Auflegen unvertilgbarer Kennzeichen auf den Körper des Verbrechers, die für immer Allen und einem Jeden als Warnung dienen konnten".

Die Ukase Peter's des Grossen erreichten den Zweck der Sicherheit theils durch dieselben früheren Mittel, theils fügte Peter neue hinzu. Was die ersteren anbetrifft, so spielten unter ihnen das Ausreissen der Nasenflügel, das Abschneiden der Nase und Ohren, das Ausschneiden der Zunge u. dergl., endlich das Brandmarken dieselbe Rolle wie früher. In einem an den Senat gerichteten Ukase Peter's des Grossen wird über das Ausschneiden der Nasenflügel Folgendes gesagt: „Da Se. Kaiserliche Majestät wahrzunehmen geruhte, dass bei den zu lebenslänglicher Zwangsarbeit Verurtheilten die Nasenflügel zu wenig ausgeschnitten werden, so weist Se. Kaiserliche Majestät darauf hin, dass überall, von wo aus Verurtheilte zu Zwangsarbeit (Katorga) verschickt werden, ihnen die Nasenflügel bis an den Knochen ausgeschnitten werden sollen, damit sie im Falle, dass sie entlaufen, sich nirgends unerkannt verbergen und dadurch um so leichter gefangen genommen werden können; dasselbe soll auch mit denen geschehen, die sich bereits in einem Zwangshause befinden." In einem anderen Ukase, der gegen Ende des 17. Jahrhunderts, aber doch schon zur Regierungszeit Peter's des Grossen erschien, wird das Stempeln oder Brandmarken folgendermassen motivirt: „Man

solle an Landstrassen und Flüssen streng auf entlaufene Verschickte achten; sollte ein solcher Flüchtling sich bei Jemandem einfinden und sollte es bei Besichtigung sich erweisen, dass er inquirirt (gefoltert) und gebrandmarkt worden war, so dürfe er mit seinen Mitreisenden nicht durchgelassen, sondern müsse aufgehalten werden.“ Für eine ähnliche Massregel muss man auch ohne Zweifel die Senatsentscheidung vom Jahre 1712 halten, nach welcher den Rekruten, „um ihnen das Entfliehen zu erschweren,“ auf der linken Hand ein Kreuz in die Haut eingeritzt werden soll; und deswegen wurde „im ganzen Reich allen Unterthanen eingeschärft, bei den Ankömmlingen auf diese Zeichen zu achten“. Diese Zeichen wurden alsdann durch Einreibung mit Pulver geschwärzt, damit man die Flüchtlinge deutlicher erkenne und diese sich mit denselben schwerer verbergen können. Denselben Charakter tragen zum Theil viele Massregeln, die zur Zeit Peter's des Grossen gegen die Raskolniki ergriffen wurden.

Das Verhalten der Raskolniki zu den Reformen Peter's des Grossen ist bekannt. Der Gesetzgeber musste oft Massregeln erfinden, um wenigstens seine Feinde erkennen und sie von anderen Unterthanen unterscheiden zu können, „denn sie zu kennen gereichte ihm zu grossem Nutzen,“ wie er sich im „Duchowny-Reglement“ (oder Synode-Reglement) ausdrückt, „da viele Raskolniki, sich unter der Decke des wahren Glaubens bergend, statt sich zu fürchten, Verfolgungen gegen die Kirche anstiften.“ Das erwähnte Reglement weist darauf hin, dass „ein jeder Christ öfters oder wenigstens einmal jährlich zum heiligen Abendmahl gehen solle, und falls Jemand dieses nicht befolgen werde, so sei er als Abtrünniger der Kirche oder Raskolnik anzusehen, denn das Nichtcommuniciren kennzeichnet den Raskolnik am besten.“ Deswegen verlangt auch das erwähnte Reglement, wie auch viele Ukase Peter's des Grossen, so beharrlich, dass „die Kirchspielspriester jährliche Berichte über ihre Gemeindeglieder abstatten sollten, und zwar darüber, wer von ihnen nur einmal jährlich, wer einmal in zwei Jahren

oder wer überhaupt nicht zum Abendmahl gehe"; dem entsprechend waren verschiedene Geldstrafen festgesetzt. Aber diese Massregeln, die gewissermassen einen geistlichen Charakter trugen, waren, wie es schien, zum Kampf gegen die Raskolniki ungenügend, um so mehr, als diese, wie sich hierüber Peter der Grosse in einem seiner ersten Ukase ausspricht, „nur heuchlerischer Weise und nicht mit aufrichtiger Reue zur Beichte gingen, um eben ihre Angehörigkeit zum Raskol zu verbergen und keine doppelten Steuern zu zahlen." Man musste zu anderen Mitteln greifen, und indem Peter der Grosse mit schweren Civilstrafen diejenigen bedrohte, „die den Ukas kennend sich freiwillig zur heiligen Kirche nicht bekehrten oder sich von der Zahlung der für die Raskolniki bestimmten doppelten Steuer entzogen," musste er sich von der Nothwendigkeit überzeugen, die dem Raskol Angehörenden sogar äusserlich zu bezeichnen, um seine Feinde offen erkennen zu können und dadurch sowohl sich selbst, als auch die Gesellschaft vor ihnen zu beschützen. Dieses eben wollte man auch durch den Ukas vom 6. April 1722 erreichen, der folgendermassen lautet: „Se. Majestät der Kaiser habe im Senate darauf hingewiesen, dass der frühere Ukas von den Bärten besonders verschärft werde, dass fürs Barttragen eine jährliche Steuer von 50 Rubel erhoben werde, dass alle Bärtigen und Raskolniki keine andere Kleidung tragen dürften, als die alte, nämlich: einen Bauerkittel mit geleimtem Stehkragen, einen langen Rock ohne Taille und Kragen und einen Oberrock mit liegendem Kragen. Die Raskolniki allein haben an ihren Röcken einen Kragen aus rothem Tuch zu tragen, die übrige Kleidung dürfe nichts Rothes haben. Wenn ein Bärtiger mit einem Gesuche nicht in der vorgeschriebenen Kleidung erscheinen sollte, so dürfe von ihm keinerlei Bittschrift entgegen genommen werden, ausserdem solle von ihm die erwähnte Geldstrafe erhoben und er aus der Gerichtsstube nicht entlassen werden, auch wenn er die jährliche Steuer bezahlte. Im Falle, dass jemand einen Bärtigen nicht in der ihm vor-

geschriebenen Kleidung anträfe, so müsse er ihn zum Commandanten, Oberfeldherrn oder Gerichtsvogt führen, wo von ihm die festgesetzte Geldpön beizutreiben sei, wovon die eine Hälfte der Krone, die andere aber, und ausserdem noch die Kleidung des Schuldigen, dem Kläger zufallen solle. Dieses sollen sich Alle merken; ausgenommen seien nur die Ackerbau betreibenden Bauern, nicht aber diejenigen, die ein Gewerbe betreiben.“ Hier hatte jedenfalls die Idee der Beschimpfung, die doch die Grundlage dieser Strafe bildete, auch den Zweck, den neuen Staat vor Leuten mit alter conservativer Denkungsart zu schützen.

Solche Leute, wie die Raskolniki, mussten nach der Meinung Peter's des Grossen gleich anderen „Ukasübertretern“, entweder von den Uebrigen abgesondert werden, von allen Anderen durch äusserliche Merkmale abstechen oder vollständig von ihren Mitmenschen getrennt werden. Der erste Zweck wurde sowohl durch die schimpflichen als auch verstümmelnden Strafen erreicht; solches waren sowohl die obenerwähnten als auch die Strafen nach dem Kriegsreglement, wie z. B. das Durchbrennen der Zunge, das Abhauen der Hand oder einiger Finger, das Abschneiden der Ohren, das Durchschlagen eines Nagels oder Messers unter dem Galgen durch die Hand u. s. w. Der zweite Zweck sollte durch eine besondere Organisation der Verschickung, der Gefängnisshaft u. s. w. erreicht werden. Einige Ukase Peter's des Grossen erhielten der Nachwelt deutliche Beweise gerade über diesen Zweck der Organisation der Strafmassregeln. So z. B. griff Peter der Grosse in dem Kampfe mit den Raskolniki in der Eile zu solchen Massregeln, die ihn nicht nur vor den anfeindenden Kräften dieser Menschen nicht sicherten, welche fest an ihrem alten Glauben und alten Gewohnheiten hielten, sondern auch im Gegentheil viel dazu beitrugen, um die Ansichten Letzterer im Volke zu verbreiten. So lautet z. B. ein Ukas an den Senat vom 15. October 1722 folgendermassen: „Der Bischof Pitirim aus Nishnij-Nowgorod hat uns berichtet, dass der Kapitän Swertschkow aus St. Pe-

tersburg in Nishnij mit Galeerensträflingen, nicht bekehrten Raskolniki, angekommen sei, welche er nach Sibirien begleiten sollte . . .; und dass viele von den Raskolniki, die der Regierung theils bekannt, theils nicht bekannt waren, entfliehen und sich in den Städten Sibiriens niederlassen; deshalb solle der Befehl erlassen werden, diese Raskolniki, die nach Sibirien mit jenem Kapitän verschickt sind, zurückzurufen und zu lebenslänglicher Zwangsarbeit nach Rogerwieck (Baltischport) zu schicken. Auch sollen in Zukunft keine Raskolniki mehr nach Sibirien verschickt werden, weil dort ohnehin ihrer schon sehr viele seien, sondern nach Rogerwieck, wo ein neuer Hafen gebaut werde." Daraus ersieht man, dass die Verschickung der Raskolniki nach Sibirien zwecks Entfernung aus dem Centrum Russlands der Peter dem Grossen feindlichen Elemente ihren Zweck nicht erreichte; im Gegentheil den Gesetzgeber zu befürchten veranlasste, dass der Raskol noch tiefere Wurzeln fassen würde, wenn auch nicht in der Nähe, so doch in den weiten Ebenen Sibiriens. Ein wenig später wurde aus demselben Grunde die Verschickung oder Ansiedelung der Raskolniki „in der Ukraine (Kleinrussland) und an ihren Grenzen verboten deshalb, weil in dieser Gegend Donische Kosaken lebten, von denen Viele zum Raskol überzutreten geneigt waren; daher konnte man befürchten, dass durch die neu angekommenen Raskolniki die Neigung zum Raskol bei den Kosaken sich verstärken werde." Denselben Charakter der Sicherheitsmassregeln nahm zuweilen auch die Verbannung politischer Verbrecher und besonders ihrer Verwandten u. s. w. an.

Selbstverständlich musste die Gefängnisshaft in noch grösserem Maasse als die Verbannung dem Zweck der Sicherheit dienen. Wenn im 17. Jahrhundert, wie es von Prof. Sergijewski nachgewiesen ist, „die Einrichtung der Gefängnissgebäude nur den einzigen Zweck verfolgte, die Verbrecher aus denselben nicht entfliehen zu lassen," so hatte man denselben Zweck auch im 18. Jahrhundert im Auge.

Das Gefängniss und das Einschliessen der Menschen in dieselben war im 17. und 18. Jahrhundert allgemein verbreitet nicht nur deswegen, weil es bei Leuten angewandt wurde, die schon ihrer begangenen Verbrechen wegen in Haft genommen waren, sondern auch deswegen, weil die Gefängnisshaft „als polizeiliche Massregel betrachtet wurde, die die Bevölkerung vor den Verbrechern sicherte“. „Auf diese Massregel gerade,“ sagt der Forscher dieser Frage, Prof. J. T. Tarassow, „setzte der Gesetzgeber augenscheinlich ein besonderes Vertrauen, um so mehr, da für die ausgedehnteste Anwendung derselben keinerlei principielle Schwierigkeiten im Wege standen, und die persönliche Freiheit sehr niedrig angeschlagen wurde; diese wurde einem nicht nur wegen eines Verbrechens oder Vergehens oder aus Sicherheitsgründen überhaupt geraubt, sondern auch, wo man die Beschränkung oder Entziehung der persönlichen Freiheit nie anzuwenden gewagt hätte, wenn man dieselbe nur ein wenig höher angeschlagen hätte.“ Es ist daher nicht zu verwundern, dass von der Verhaftung im grössten Maasse nicht nur die Staatsagenten Gebrauch machten, sondern auch Privatpersonen, welche ihre Schuldner ins Gefängniss steckten. Die Regierung liess dieses zu und trug nur dafür Sorge, dass sie die Gefangenen nicht selbst zu unterhalten brauchte und die Schuldner nicht ohne Ursache im Gefängniss gehalten würden. So z. B. heisst es im Ukase vom 12. December 1720: „Diejenigen Gefangenen, welche auf die Klage ihrer Gläubiger hin verhaftet werden, sollen auf Rechnung Letzterer unterhalten werden und zwar: in Moskau sollen sie einen Kopeken, in Petersburg zwei Kopeken täglich erhalten; die Leute derjenigen Schuldner aber, die zu bezahlen im Stande sind, dürfen nicht wie früher, verhaftet, noch dürfe an ihnen eine Execution vollzogen werden, sondern ihre Schulden sollen aus ihren Einkünften oder Landbesitzungen liquidirt werden.“ Dieser Ukas wurde nachher mehrmals wiederholt, wie z. B. im Jahre 1722, wo vorgeschrieben wurde, dass „die wegen Civilklagen Verhafteten aus den Gefängnissen nicht

herausgelassen werden dürften, um Almosen zu bitten, sondern von den Klägern unterstützt werden sollten" [10]).

Solches sind nun die Hauptzwecke der Strafe nach den Gesetzesbestimmungen aus der Zeit der Reformen. Diese Zwecke waren in jenen Gesetzesbestimmungen nicht immer streng von einander getrennt; im Gegentheil, sie waren gewöhnlich mit einander vermischt, wofür als anschaulicher Beweis schon die complicirte Zusammenstellung der Strafmassregeln dient, welche gewöhnlich an einer Person angewandt wurden, die eine gewisse unerlaubte That vollführt hatte. Uebrigens konnte man auch oft bei dieser complicirten Zusammenstellung der Strafmassregeln sehen, dass in einzelnen Fällen ein bestimmter Zweck die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers völlig in Anspruch nahm, und dass er diesen Zweck verfolgte, indem er andere Zwecke wenig oder gar nicht im Auge behielt, welche, wenn sie zwar auch durch diese Massregeln erreicht wurden, so doch nicht der directen Aufgabe der Strafe entsprachen. Zuweilen waren diese verschiedenartigen Strafzwecke so durcheinandergeworfen, dass sie nur selten gesondert und scharf im Gesetz durchgeführt werden konnten. Die oben angeführten zahlreichen Beispiele illustriren genügend die hier gezogene Folgerung.

IV.

Die von uns bereits angeführten Hauptzwecke der Strafe waren nicht die einzigen, welche Peter der Grosse durch seine Gesetzesverordnungen zu erreichen bestrebt war, indem er mit verschieden organisirten Massregeln gegen die jetzigen und künftigen Uebertreter seiner Gesetze wirkte. Neben diesen Hauptzwecken wurden auch Nebenzwecke verfolgt, welche nicht im Geringsten der Auffassung der Strafe als eine Reaction von Seiten der Staatsmacht gegen die Uebertreter ihrer Befehle

---

[10]) Vgl. Kohler, Shakespeare S. 35 f. K.

entsprossten, doch aber recht hervorragend waren und den Gesetzgeber bei der Einführung neuer einzelner Arten der Strafe ernstlich beschäftigten. Indem der Gesetzgeber verschiedene Strafen auferlegte, um sich an den Uebertretern seiner Befehle zu rächen, sie auszurotten oder abzuschrecken, oder endlich um sich, sowie seine Reformen und die Interessen des Gemeinwohls vor ihren Angriffen und Ueberfällen zu schützen, organisirte er gleichzeitig die Strafe (natürlich, wenn solches möglich war) so, dass sie zugleich zum Mittel wurde, um von den „Ukasverächtern" verschiedene Vortheile zu Nutzen des Staates zu erzielen. Daher ist es verständlich, dass die persönliche Arbeit des Verbrechers einerseits und sein Vermögen andererseits nicht selten die Hauptelemente jener zusammengesetzten Strafen bildeten, die so sehr von der damaligen Gesetzgebung geliebt wurden. Man muss wohl zugeben, dass diese Organisation der Strafen nicht nur mit den juristischen Anschauungen jener Epoche übereinstimmte, sondern auch einigermassen moralisch den Menschen mit sich versöhnte, der unter die unglücklichen „Gesetzesübertreter" gerathen war, da eben dank dieser Organisation der Mensch nicht einer frucht- und nutzlosen Strafe und zwecklosen Qualen verfiel, sondern zusammen mit anderen Menschen eine allgemeine Arbeit verrichtete, wenn auch nur in Gestalt einer Zwangsarbeit, welche jedoch dem Staate und der Gesellschaft von grossem Nutzen war. . . . Dabei sei noch bemerkt, dass „die Ausnutzung der Strafe und der Person des Verbrechers in materieller Hinsicht", wie sich Prof. Sergijewski ausdrückt, indem er über die erwähnten Strafzwecke des 17. Jahrhunderts spricht, der Epoche der Reformen keine Neuheit war; denn auch schon früher kannte man diese Zwecke, als man in grösstem Maasse einerseits die Vermögensstrafen, andererseits die Ausbeutung der persönlichen Arbeit der Verbrecher organisirte. Aber jene wallende Epoche der Umgestaltung mit ihrem grossen, „unermüdlichen Arbeiter auf dem Throne" und den Millionen Menschen, welche theils aus freien Stücken, grösstentheils aber

gezwungen sich an der colossalen reformatorischen Thätigkeit betheiligten, verlieh jener Ausnutzung der persönlichen Arbeit und des Vermögens Aller zum Besten des Staates ein besonders grelles, lebhaftes Colorit. Wenn nun später, seit der zweiten Hälfte jenes Jahrhunderts, in der Gesetzgebung die Befreiung einzelner Stände, vom Adel beginnend, von der zwangsmässigen Fronleistung dem Staate allmälig wächst und sich verstärkt, so waren diese Frondienste zur Zeit Peter's des Grossen gleich hart und schwer für Alle, so dass weder der vornehmste Magnat im Staate, noch der geringste Leibeigene, noch der freie Mann ihnen entgehen konnte. Dieselbe zwangsmässige Dienstleistung für den Staat in der Form der lebenslänglichen Zwangsarbeit ereilt auch die „Verächter und Uebertreter der Ukase", wie in den Gesetzbüchern gewöhnlich die Uebertreter der Gesetze, die jetzt eine so grosse Ausdehnung angenommen haben, bezeichnet werden. Die Ukase, welche in dieser oder jener Form die Exploitirung der Arbeit des Verbrechers organisirten, stellen uns lebhaft einerseits die Thatsache vor, dass der Reformator grossen Mangel an Arbeitskräften litt, und dass er dieselben überall, wo es nur möglich war, ausnutzte, andererseits die Thatsache, dass er, vom Standpunkte des Staates aus, in den Strafen nutzlose Massregeln vermied, weshalb auch zwecklose Grausamkeiten, die den Menschen nur physisch und moralisch quälten, nur selten zur Aufgabe seiner Strafmassregeln wurden. Damit will natürlich nicht gesagt sein, dass Qualen und Grausamkeit in seinen Strafen fehlten; im Gegentheil, man konnte oft, wie es auch die angeführten Beispiele zeigen, dieses Element bald hier, bald dort wahrnehmen, theils noch aus dem Alterthum ererbt, theils auch Ungeduld, Erbitterung und andere Gefühle Peter's des Grossen ausdrückend, welche ihm im Kampfe mit den verschiedenen, seine Pläne durchkreuzenden Widerständen leiteten. Aber Peter der Grosse war im Allgemeinen zu praktisch, zu sehr mit der Durchführung seiner Pläne beschäftigt, um von Abstractionen zu leben; im Gegentheil, er zeichnete sich durch Klugheit aus, indem er

seine Feinde als Werkzeug zur Durchführung seiner Pläne zu machen verstand und so ihre Arbeit dazu verwandte.

Indem wir nun zu den Thatsachen übergehen, welche das Gesagte bestätigen, wollen wir vor Allem bei den Strafmassregeln verweilen, durch welche die persönliche Arbeit der Verbrecher zu Nutzen des Staates ausgebeutet wurde. Diese Arbeit wurde zur Zeit Peter's des Grossen sowohl am Orte des Verbrechens selbst, als auch am Orte der Verbannung organisirt, in Form von Zwangsarbeit in den Bergwerken oder auf den Galeeren, ebenso auch beim Bau der neuen Residenz, neuer Häfen und Festungen, bei Bearbeitung mineralischer Schätze, auf Fabriken, mit einem Worte überall, wo nur Arbeitskräfte erforderlich waren; denn aus der Mitte der übrigen Bevölkerung waren diese sehr schwer zu beschaffen, weshalb man auch seine Zuflucht zur Zwangsarbeit nehmen musste, welche im 18. Jahrhundert allgemein die „Katorga“ genannt wurde. Daher erscheint auch die Behauptung des Professors Foinitzki theilweise richtig, dass nämlich in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts die Zwangsarbeit bei uns nicht allein, ja sogar weniger eine Criminalstrafe war, als vielmehr die Quelle der dem Staate nothwendigen unfreien Arbeitskräfte. Hier strömten, ausser den verurtheilten Verbrechern, Leute zusammen, welche nicht im Stande waren, ihre Staatsabgaben und Privatschulden zu bezahlen, um dieselben hier abzuarbeiten[11]; hier befanden sich Leute, die zu einer gewissen Arbeit bestimmt waren, wie z. B. Admiralitäts- und Artilleriediener und Fabrikarbeiter. So mussten also hier wie überall Alle, sowohl Verbrecher als auch freie Bürger, die sonst nichts im Staate verbrochen hatten, eine gleich schwere Arbeit verrichten, indem sie die Reihen der für das allgemeine grosse Vorhaben Arbeitenden ausfüllten. Peter der Grosse befiehlt in einem seiner Ukase, „die Raskolniki, die nach Sibirien verurtheilt sind, nach Rogerwieck zu schicken, wo ein neuer Hafen angelegt wird“; oder in einem

[11]) Vgl. Kohler, Shakespeare S. 35. 36. K.

anderen Ukase heisst es: „Die zur Zwangsarbeit Verurtheilten sollen nicht zu geringen und verschiedenen Arbeiten benutzt werden, sondern an einem Orte arbeiten, wie z. B. Pfähle einrammen u. dergl.“; ferner „sollten dieselben auf verschiedenen Fabriken arbeiten“; „diejenigen, welche wegen rückständiger Krons- oder Privatschulden nach Sibirien verschickt sind, sollen jährlich 12 Rubel abarbeiten und nach Erzwingung der nöthigen Summe befreit werden“; „den schuldigen Weibern und Mädchen, die jedoch der Todesstrafe nicht unterliegen, sollen Spinnhäuser zur Arbeit angewiesen werden“; „man solle zu lebenslänglicher Galeerenstrafe verurtheilen“; oder „die bereits aus der Zwangsarbeit Entlassenen und in die entferntesten Gegenden Sibiriens zur Ansiedelung Bestimmten sollen“, wie Peter der Grosse nach dem Vorschlage des Präsidenten des Bergcollegiums, Brüss, welcher offenbar Arbeitskräfte bedurfte, festsetzte, „auch zukünftig mit ihren Frauen und Kindern nach Daury in die Silberbergwerke geschickt werden.“ So lauten viele Ukase, indem sie als Strafe diese oder jene Arbeit festsetzen. Während der Staat die Arbeitskraft der Verbrecher für sich ausnutzte, findet er es sogar für möglich, sie Privatpersonen zur Verfügung zu stellen. Dieses kann man z. B. aus dem Ukase an den Senat vom 26. Februar 1719 sehen, welcher lautet: „Meine Herrn! Die Moskau'schen Compagnons der Leinfabrik von Andrei Turka und Co. haben uns gebeten, ihnen zur Vergrösserung der Leinproduction Weiber und Mädchen zum Garnspinnen zu senden, welche für ihre Vergehen zur Arbeitsstrafe verurtheilt sind; den Unterhalt derselben aber übernimmt die Compagnie-Gesellschaft selbst.“ Der Zar schreibt dem Senate vor, diese Bitte zu genehmigen und zur Arbeit schuldbefundene Weiber und Mädchen hinzuschicken, wobei jedoch die Zeit ihres Bleibens auf der Fabrik je nach dem Verbrechen angegeben und, damit sie nicht entfliehen, ihnen als Wache, nach Gutdünken des Senats, verabschiedete Soldaten mitgegeben werden sollten, deren Unterhalt gleichfalls die Compagnie-Gesellschaft zu betreiben hätte. . . . Je nach dem

Bedürfniss der Arbeitskraft wurde auch der Ort der Zwangsarbeit geändert. So diente z. B. am Ende des 17. Jahrhunderts als solch ein Ort Asow; zur Zeit Peter's des Grossen Rogerwieck (Baltischport), der fortwährend in seinen Ukasen erwähnt wurde, abgesehen von den vielen anderen Städten und Ansiedelungen im europäischen Russland und Sibirien.

Die Inanspruchnahme der Verschickten oder der zur Verschickung Verurtheilten zu den dem Staate nützlichen Arbeiten war zuweilen im höchstem Maasse im Gebrauch, indem man sich keineswegs davon abhalten liess, Leute, die schon unterwegs waren, zurückzurufen und sie überall, wo man sie antraf, aufzuhalten. In dieser Hinsicht ist von Interesse sowohl ein Brief Peter's des Grossen vom 23. September 1703 an den Fürsten Romodanowski als auch sein Ukas, den er in Folge dessen erlassen hatte: „Gnädigster Herr," schreibt Peter der Grosse, „ich theile Eurer Hoheit mit, dass wir ehrliche Leute zur Genüge haben, und dass wir zum nächsten Sommer 2000 Verbrecher nothwendig bedürfen, welche auf kürzestem Wege in allen Prikasen, Rathhäusern und Städten zusammengesammelt werden sollen, auch diejenigen, welche sich auf dem Wege nach Sibirien noch in Wologda befinden. Piter." Bald darauf hatte der Gerichtshof zu Moskau nach dem namentlichen Ukas vom 3. November 1703, die Anordnung getroffen, dass sowohl die nach Sibirien Verschickten, welche sich zur Zeit noch in Wologda befanden, schleunigst nach Moskau zurückkehren sollten, als auch diejenigen, welche in den genannten Städten noch eintreffen werden; alle diese dürften nicht ohne Kaiserlichen Befehl und ohne dass mit dem Preobrashenskischen Prikas darüber verhandelt werde, hingerichtet oder verschickt werden. In dem Ukase ist noch hinzugefügt, dass dem Fürsten Romodanowski zu seiner Kenntniss Mittheilungen gemacht werden sollen über die Zahl und das Alter der Verbrecher und weswegen sie verurtheilt worden sind, wahrscheinlich um dieses auch Peter dem Grossen zu melden. . . . So

verfolgte nun die Strafe einen Nebenzweck, der sich zur Zeit aus irgend einer Ursache vor allen anderen hervorthat. Es ist daher kein Wunder, dass zur Zeit Peter's des Grossen je nach dem Bedürfniss in Arbeitskräften nicht nur die Verbannungsorte sich änderten, sondern auch selbst der Charakter der Zwangsarbeit. Dieses beweist z. B. noch ein Ukas Peter's des Grossen vom 18. August 1707. Peter der Grosse befahl, im Winter Pfähle vorzubereiten für das Trubetzkoische Bollwerk (die Peter-Pawlowskische Festung). Als er darauf erfuhr, dass wegen Mangel an Arbeitern sein Befehl nicht erfüllt werde, schrieb er dem Kikin Folgendes: „er möge dem Herrn Admiral (Graf Th. M. Apraksin) mittheilen, er möchte zu dieser Arbeit die Galeerensträflinge verwenden, weil der Sommer ruhig vergangen sei und die Galeeren nichts zu thun hätten, und ausserdem noch die Staatsknechte." Auf diese Weise mussten die Galeerensträflinge in den Festungen arbeiten, da „die Galeeren keine Arbeit hätten" und im Sommer keine Seeexpeditionen vorgekommen seien, welche die Ruderer ermüden könnten. Ebenso ist es bemerkenswerth, dass im Falle eines Mangels an Arbeitskräften ausser den Verbrechern noch Knechte hinzugezogen wurden, d. h. Nichtverbrecher mussten in gleicher Weise mit den Verbrechern die Arbeit verrichten, welche gerade dem Staate zur Zeit für nöthig erscheint.

Peter der Grosse ist ferner, diesem Bedürfnisse entsprechend, auch darauf bedacht, dass die Arrestanten nicht müssig im Gefängniss gehalten, sondern so bald als möglich zur Arbeit fortgeschickt würden. So weist z. B. der Senatsukas vom 18. September 1722 auf einen namentlichen Ukas vom 18. Januar 1718 hin, in dem Folgendes befohlen war: „Man solle zur Entrichtung der Staatsschulden den dritten Termin nicht länger als auf ein halbes Jahr verschieben, und zwar unter einer Bürgschaft; falls aber keine Bürgschaft geleistet werden könne, so solle man einen unbestimmten Termin ansetzen: die Männer sollen auf die Galeeren, die Weiber ins

Spinnhaus nach St. Petersburg gesandt werden, wo ihnen für ihre Schulden ein Rubel pro Monat abgerechnet werden soll, und wo sie gleich den Zwangsarbeitern einen gleichen Unterhalt bekommen sollen; über die Erfüllung dieses Befehls aber hat der Senat keinerlei Nachrichten erhalten. Sr. Majestät dem Kaiser sei es aber bekannt, dass von diesen Schuldnern Viele lange Zeit im Gefängniss sitzen und trotz des erwähnten Ukases nicht auf die Galeeren zur Arbeit geschickt wurden. Daher wird in Folge des Ukases Sr. Kaiserlichen Majestät vom 6. April 1722 nochmals unter Androhung grosser Geldstrafe verfügt . . .," die Schuldner nicht im Gefängniss zu halten, sondern sie auf die Galeeren zu schicken, wenn sie nicht zahlen könnten, und sie nicht körperlich zu bestrafen." Der Senat schreibt nun den betreffenden Beamten unter Androhung, sie zu bestrafen, vor, den Ukas aufs Strengste zu erfüllen. Diese Arbeiten sind auch, wie ein anderer Senatsukas vom 20. September desselben Jahres lautet, „für solche Gefangene obligatorisch, welche während der Gerichtsverhandlung in Moskau in den Collegien, Kanzleien und im Hofgerichte in Haft sich befinden und während dieser Zeit sich selbst nicht ernähren können." Von diesen Gefangenen sollen, wie der Ukas vorschreibt, „die Männer zu Staatsarbeiten, die Weiber und Mädchen aber zum Spinnen in die Manufacturfabriken gesandt werden". Wenn nun auf diese Weise zur Arbeit Menschen aus dem Gefängniss genommen wurden, so ruhte die ganze Organisation der Verbannung auf dem Princip der Ausbeutung der Verbrecher zum Besten des Staates — eine Aufgabe, die schon im 17. Jahrhundert in Moskau erfolgreich verfolgt wurde, unter Peter dem Grossen aber sich noch mehr entwickelt hatte. So sagt z. B. der bekannte Andrei Winius, welcher noch im Jahre 1668 den Vorschlag machte zum Gebrauch auf dem Kaspischen Meere besondere Ruderfahrzeuge, sogen. „Katorgi" (Galeeren), zu bauen, auf diesen Schiffen „die verschiedensten Verbrecher und Kriegsgefangenen in Ketten zu legen, damit sie nicht entlaufen oder was Böses begehen könnten und sie zum

Rudern zu verwenden; man brauchte alsdann Letztere, die ja die Gefängnisse überfüllen, nicht zu ernähren, da sie auf den ‚Katorgi' sich Brot verdienen könnten." Diesen Gedanken lässt Peter der Grosse in allen seinen Gesetzen, die von der Verbannung sprechen, durchblicken und führt ihn auch überall in seinen Ukasen aus, indem er entweder als Strafe die Arbeit auf den Galeeren oder irgend eine andere Beschäftigung festsetzt. So wird z. B. nach einem Ukase vom Jahre 1700 bald befohlen, einen Theil der Verbrecher den Bauern lebenslänglich zu Feldarbeiten zu übergeben, wo sie sich durch Feldarbeit und Viehhüterei ernähren könnten; bald sollen andere Verbrecher wiederum nach Tobolsk in die grossen Ziegeleien geschickt werden, um dort zusammen mit anderen Arbeitern einen grossen Ziegelvorrath anfertigen zu helfen; bald werden die Fabrikbesitzer angefragt, wie die Bauern und Verbrecher auf den Fabriken ihre Arbeiten verrichten; bald wird der Regierung berichtet, dass in den Bergwerken freie Leute zur Arbeit angestellt sind, und dass die Verschickten (Deportirten) nur dann arbeiten, „wenn sich die Arbeit vermehrt und angehäuft hat, wofür sie dann auch Nahrung, Vorrath und Fleisch erhalten." Es ist daher kein Wunder, dass in den Instructionen an die sibirischen Wojewoden vorgeschrieben wird: „die Stellen der entlassenen Arbeiter mit Verbannten auszufüllen" . . . „dafür zu sorgen, dass jeder Verschickte persönlich seine Arbeit, die ihm angewiesen ist, an dem ihm bestimmten Orte verrichte und nicht davonlaufe; falls aber Jemand, um nicht in Sibirien zu leben, entläuft und gefangen genommen werden sollte, so solle er gefoltert und mit abgeschnittenen Ohren wieder dahin geschickt werden, von wo er entflohen ist." Ferner wird befohlen, dafür zu sorgen, dass, ohne dem Staate grosse Ausgaben zu verursachen und der Bevölkerung schwere Bürden aufzuerlegen, diese oder jene nöthige Arbeit ausgeführt werde. So z. B. sollte man nach der Instruction, die dem Wojewoden von Nertschinsk über die Erbauung eines Kaufhofes aus Stein in der Stadt gegeben

war, „den nöthigen Vorrath an Baumaterialien und Steinen von Miethsarbeitern oder Verbannten und Gefangenen für einen geringen, zum Lebensunterhalt genügenden Lohn herbeischaffen lassen."

Die Verschickten bildeten also die Hauptarbeiter und, was noch charakteristischer ist, sie verrichteten ihre Zwangsarbeit in gleicher Weise mit den freien Bürgern; wenigstens in den Ukasen kann man keinen Unterschied zwischen der Arbeit der Verschickten und der der freien Arbeiter herausfinden. Beide thaten das, was nöthig war; „den Sträflingen wurden solche Arbeiten angewiesen, welche man von ihnen je nach ihrer Fähigkeit fordern konnte," bemerkt Prof. Foinitzki. Das bedeutet übrigens nicht, wie er ferner glaubt, dass „die Schwere der Arbeit noch keine strafende Bedeutung hatte", da man im Gegentheil wahrnehmen kann, dass die schwersten Verbrecher auch die grössten und schwierigsten Arbeiten zu verrichten hatten; aber das Bedürfniss an Arbeitern gestattete es nicht immer, zu untersuchen, wer sie sind und womit sie sich in der Verbannung beschäftigen. Wir müssen noch bemerken, dass gleichsam in Uebereinstimmung mit der Idee der ewigen Verpflichtung ganzer Klassen der Bevölkerung zum persönlichen Staatsdienst, die in der Organisation des damaligen Heeres besonders scharf ausgeprägt war, auch die Verbannung, natürlich der Schwere des Verbrechens entsprechend, in Form einer lebenslänglichen Zwangsarbeit oder einer lebenslänglichen Verbannung auf die Galeeren etc. leicht organisirt wurde. Der letzte von den erwähnten Ukasen, und zwar der vom 16. August 1720, schildert diese lebenslängliche Zwangsarbeit sehr charakteristisch: „Es ist den Frauen und Kindern gestattet, die auf eine bestimmte Zeit verschickten Sträflinge zu besuchen; den Frauen derjenigen Verbrecher aber, die zu lebenslänglicher Zwangsarbeit verschickt sind, solle volle Freiheit gewährt werden, im Falle dass sie sich nochmals zu verheirathen, oder ins Kloster zu gehen, oder in ihren Gütern, welche sie als Mitgift bekommen haben, zu leben wünschen,

da doch ihre Männer, gleich als wenn sie gestorben wären, von ihnen für ewig getrennt sind“ . . .[12]).

Schon aus den oben angeführten Ukasen ist ersichtlich, dass einerseits die Vermögensconfiscation der Verbrecher und andererseits die Strafgelder, wie z. B. die Abzüge von den Einkünften, zur Zeit Peter's des Grossen eine bedeutende Rolle unter den Strafmassregeln spielten. Wenn nun diese Geldstrafen öfter eine selbstständige Rolle gespielt haben, die für unbedeutende Vergehen festgesetzt waren, so bildeten sie noch öfter Ergänzungsstrafen, die mit anderen, schwereren Strafen verbunden und je nach dem Verbrechen, vom geringsten beginnend, allmälig bis zum Verlust des ganzen Hab und Guts, zur Confiscation des beweglichen und unbeweglichen Vermögens gesteigert wurden. Zuweilen waren diese verschiedenen Geldstrafen in einigen Ukasen ausdrücklich genannt; so wurde z. B. den Fiscalen vorgeschrieben, in keiner Untersuchungssache und vor keinem Richter die Stimme zu erheben, wie überhaupt sich um Urtheilssachen gar nicht zu kümmern, bei grosser Geldstrafe oder Confiscation und Verbannung (je nach seinen Verdiensten)“; oder ferner, wenn während der Verhandlung einer Sache irgend ein Ukas erwähnt werden sollte und sich Jemand von den Beamten nachher mit der Unkenntniss desselben entschuldigt, so solle er dafür zum ersten Male mit dem zeitweiligen Verlust seines Ranges und einer Geldstrafe im Betrage seines jährlichen Gehalts, zum zweiten Male mit dem Verlust des dritten Theils seines beweglichen und unbeweglichen Vermögens und zum dritten Male mit dem Verlust des ganzen Vermögens und Rangs auf immer bestraft werden.“ Oder als der Gesetzgeber am 5. November 1723 seine berühmte „Form des Gerichts“ einführte, sagte er zum Schluss Folgendes: „Wenn Jemand von den Beamten irgend etwas hierbei nicht beobachten oder nicht energisch genug durchführen werde, so wird er dafür zum ersten

[12]) Also bürgerlicher Tod. K.

Male 500 Rubel, zum zweiten Male 1000 Rubel Strafe zahlen müssen, zum dritten Male aber wird ihm die Hälfte seines beweglichen und unbeweglichen Gutes und sein Rang genommen werden." Nicht selten dagegen wurden diese Strafen nur sehr unbestimmt ausgedrückt, z. B. hiess es: „es werden ungeheure Geldstrafen auferlegt werden"; „sie werden mit Geld bestraft werden"; „bei Gefahr grosser Geldstrafen" u. s. w. Zuweilen wieder wurde die Höhe der Pön sehr genau angegeben, und zwar in dem Falle, wenn das Vergehen oder Verbrechen einer gewissen, wenn auch willkürlichen, aber genauen Schätzung unterliegt: „wer in der Kirche ein Gespräch anknüpfen oder ungebührlich stehen sollte, zahlt einen Rubel Strafe"; „von Leuten, die kein einziges Mal im Jahre zur Beichte gegangen, solle im Verhältniss zu ihren Einnahmen eine doppelte Pön erhoben werden"; „von den Gutsherrn solle für jeden entlaufenen Rekruten, welcher bei ihnen als Bauer arbeitet, sei es, dass sie ihn dem Staate auslieferten, oder sei es, dass er sich freiwillig stellte, je 20 Rubel Strafe erhoben werden dafür, dass sie dieselben in Arbeit hielten," u. s. w. Die Vermögensstrafen werden, wie es überhaupt in den Ukasen Peter's des Grossen zu sein pflegte, oft in der launenhaftesten Weise auferlegt, so dass sie unwillkürlich die Aufmerksamkeit auf sich lenken. So ist z. B. in einem Ukase an die Allerheiligste Synode gesagt: „Es ist zu unserer Kenntniss gelangt, dass der Monastyrski Prikas eine grosse Geldsumme an die betreffenden Behörden nicht eingesandt hat, daher befehlen wir, solange diese Summe von Euch an die betreffenden Behörden nicht eingezahlt ist, sowohl Euch selbst als auch allen Euren Mönchen das Gehalt (und die Geldanweisungen zur Ausführung von Bauten), ausgenommen Brot und andere Lebensmittel, zurückzubehalten." Es ist charakteristisch, dass Peter der Grosse solch eine Drohung sogar an die Mitglieder der Synode richtet und nicht nur an niedere und ihm untergebene Personen.

Schon aus den angeführten Beispielen ist deutlich ersichtlich, dass die das Vermögen des Verbrechers bedrohenden

Strafen nicht nur den heute gebräuchlichen Geldstrafen entsprechen, sondern auch Confiscationen des ganzen Vermögens oder des grössten Theils desselben bildeten, welche „seit der französischen Revolution in keinem civilisirten Staate mehr anzutreffen sind", wie Prof. Foinitzki bemerkt. Bei uns zu alten Zeiten aber, wie auch überall, waren gerade diese Strafen sehr verbreitet, und erst in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts spricht sich Katharina II. gegen die Confiscation aus, indem sie mit Recht bemerkt, dass bei dieser Strafe grösstentheils unschuldige Leute, wie z. B. die Frau oder Kinder des Verbrechers, zu leiden haben. Ihre Meinung betreffs dieser Frage spricht sie zum ersten Mal in ihrem sogen. Gnadenbrief an die Ritterschaft aus, wo es (im § 23) heisst, dass das Erbgut eines Edelmanns im Falle seiner Verurtheilung wegen eines Verbrechens den Erben zufallen müsse. Bei Peter dem Grossen aber und seinen nächsten Nachfolgern spielte die Confiscation des Vermögens eine bedeutende Rolle, besonders wenn es sich um politische Verbrecher handelte: bald entstanden so neue Vermögen, bald schwanden spurlos alte Reichthümer. Sowohl Privatpersonen als auch ganze Institutionen bereicherten sich durch diese Strafen und Confiscationen, welche die Verbrecher trafen. Daher ist es kein Wunder, dass einerseits, wie es aus den Ukasen ersichtlich ist, die Regierung eine besondere Sorgfalt in Betreff des Einsammelns der Strafgelder zeigt und dass andererseits die einzelnen Institutionen die Benutzung derselben sich zu erkämpfen bemüht sind. In dieser Hinsicht ist z. B. ein Bericht der Allerheiligsten Synode, welcher Peter dem Grossen zur Entscheidung vorgelegt wurde, von Interesse. Die Synode bittet nämlich Peter den Grossen: „den Befehl zu erlassen, damit das Hab und Gut derjenigen Geistlichen, deren Sache in der Geheimkanzlei verhandelt worden ist und die zum Verlust ihrer Standesrechte oder zum Tode verurtheilt worden sind, nicht an die Geheimkanzlei falle, wie es gegenwärtig gethan wird, sondern an die Synode, zumal es nach dem Gesetze der Kirche gehören

müsse.“ Darauf ertheilte Peter der Grosse die Resolution, dass „dieses Vermögen den Hospitälern übergeben werden solle“. Indem man um die Eintreibung der Strafgelder Sorge trug, wurde zugleich auch durch Ukase verfügt, wem diese Summen angewiesen werden sollen, da die einzelnen Behörden, die mit dem Eintreiben derselben betraut waren, augenscheinlich sie auch zu ihrem eigenen Nutzen zu verwenden bestrebt waren. So wird z. B. im Ukase des Justizcollegiums an den Vicepräsidenten des St. Petersburger Hofgerichts Folgendes gesagt: „Man solle über die eingegangenen Strafgelder, die gegenwärtig schon eingeflossen sind und in Zukunft noch einfliessen werden, jeden Monat Berichte in das Reichs-Justizcollegium senden . . . und dieselben ohne besondere Anordnung des Justizcollegiums weder verausgaben noch in die Rentei bringen, sondern sie in den Hofgerichten und übrigen Gerichten besonders aufbewahren. Die Regierung vertheilt selbst diese ihre wichtige Einnahme; z. B. nach dem Ukase vom 19. Mai 1721 „sollen die von den Raskolniki doppelt erhobenen Gelder ins Staats-Comptoircollegium, die wegen geistlicher Vergehen einkommenden Strafgelder aber an die Heilige Synode gesandt werden“; ebenso fällt nach der oben angeführten Resolution Peter's des Grossen das Vermögen der Geistlichen den Hospitälern zu; nach einer anderen Resolution wird das bewegliche und unbewegliche Vermögen der flüchtigen Raskolniki zum Besten der Krone confiscirt, darauf verkauft und das daraus gelöste Geld den Krankenhäusern angewiesen u. s. w. Der Staat erlässt, wenigstens nach dem Wortlaute der Gesetze, diese Strafen sogar den Armen nicht; daher können wir auch in den Ukasen solche allgemeine Bestimmungen antreffen, wie z. B.: „wenn Jemand mit einer Geldstrafe bestraft wird und nicht im Stande ist, zu bezahlen, so solle er zur Galeerenarbeit geschickt werden, wodurch ihm zehn Rubel jährlich von seiner Schuld abgezogen werden sollen“; oder man solle z. B. „diejenigen, welche in einer gesetzwidrigen Kleidung ertappt werden, ihren Bart nicht

rasiren wollen und nicht im Stande sind, die festgesetzten Strafen zu zahlen, nach Reval zur Arbeit schicken“ u. s. w. D. h. mit andern Worten, die Vermögensstrafen gehen in persönliche Strafen über, indem die Arbeitskraft der Verbrecher ausgenutzt wird.

Dass die Confiscationen eine gewöhnliche Erscheinung waren, darauf weisen im Allgemeinen nicht nur die im Gesetze so häufig ausgesprochenen Drohungen und die Mobilisation der beweglichen und unbeweglichen Güter hin, welche unter dem Einfluss der Gerichtspraxis ihre weitere Entwickelung fand, sondern auch im Einzelnen das Factum, dass es ganze Behörden gab, deren specielle Beschäftigung im Verkauf confiscirter Güter bestand. So z. B. ertheilt der Senat am 12. November 1723 dem Magistrat eine allgemeine Instruction über den Verkauf „confiscirten Vermögens und Waaren, welche aus den Collegien und Kanzleien zugesandt sind oder künftig noch geschickt werden.“ Diese Instruction ist durch folgenden Bericht des Magistrats veranlasst worden: „Es sei nämlich aus den Collegien und Kanzleien eine Menge von Verbrechern confiscirten Vermögens dem Magistrat zum Verkauf zugesandt worden“; der Magistrat befinde sich aber wegen der Ausführung der öffentlichen Versteigerung in Verlegenheit. Früher noch, im Jahre 1706, wird in Betreff des unbeweglichen Gutes ein Ukas erlassen, laut welchem dasselbe „in der isherskschen Kanzlei oder, wie Prof. Andrejewski sie nennt, „in der Prikas-Palata verwaltet werden solle“; dieselbe ist im Jahre 1700 zum Empfang verschiedener Specialeinnahmen errichtet worden, mit welchen andere Finanzinstitutionen nicht betraut waren. Im Jahre 1712 wird darauf die Verwaltung der confiscirten Güter der Kanzlei des Senats, und zwar dem Oberfiscal, übergeben. Da aber die Thätigkeit des Senats in dieser Hinsicht keine vom fiskalischen Standpunkte aus erwünschten Resultate gab, so wurde im Jahre 1727 bei den sogen. Ober-Geheimconseil eine sogen. rückständiger Steuer-Beitreibungskanzlei errichtet, welche nach zwei Jahren in die Kanzlei der Con-

fiscation umgestaltet wurde und unter diesem Namen bis zum Jahre 1780 thätig gewesen war. Alle diese Thatsachen liefern einen deutlichen Beweis, wie sich noch im Anfang des 18. Jahrhunderts das System der Vermögensstrafen verzweigte, welche bald als Ergänzungsstrafen, bald als selbstständige Strafmassregeln erscheinen, und wie die Regierung für eine rechtmässige, ökonomische Ausbeute dieser sich immer mehr und mehr vermehrenden Menge von beweglichem und besonders unbeweglichem Vermögen, welches von den geächteten Bürgern oder Verbrechern confiscirt wurde, sorgte. Diese Menge von Confiscationen und Geldstrafen führt unwillkürlich zu dem Gedanken, dass die Organisation dieser Massregeln den wichtigen, wenn auch bei weitem nicht den einzigen Zweck der Füllung der Staatskasse hatte. Es steht fest, dass die Regierung in einigen Fällen, z. B. bei Staatsverbrechen, sich ihrer Gegner dadurch zu entledigen suchte, dass sie dieselben materiell zu Grunde richtete. In anderen Fällen suchte sie ihren Trotz und die Nachlässigkeit, mit welcher sie die Ukase behandelten, dadurch zu brechen, dass sie die Schuldigen eben mit jenen oben genannten Geldstrafen belegte, weil andere Strafen hier sich als nutzlos erwiesen hatten.

Dieses sind nun die allgemeinsten und häufigsten Strafzwecke in der Gesetzgebung Peter's des Grossen.

V.

Die Correalhypothek im modernen Rechte[1]).

Eine rechtsvergleichende Studie.

Von

Prof. Dr. **W. Marcusen** in Bern.

I.

Einleitung (Vereinigung mehrerer Grundstücke).

Von einer Verbindung mehrerer buchmässig selbstständiger Grundstücke kann in verschiedenem Sinne die Rede sein. Man kann dieselben von einem bloss formalen Gesichtspunkt aus als vereinigt ansehen, man kann sie mit Rücksicht auf ihre wirthschaftliche Zusammengehörigkeit als Einheit be-

---

[1]) Für die ältere Literatur und die Bearbeitungen von Specialfragen aus den einzelnen Particularrechten verweisen wir auf die nachstehenden Handbücher und heben aus der älteren Literatur nur hervor: Dürrschmidt, Zur Lehre der Verbandshypothek, 1856 und Kopetzki, Ueber Gesammt- oder Simultanhypothek, 1836. Aus der neuen Literatur heben wir hervor: Mascher, Deutsches Grundbuch- und Hypothekenwesen, 1869. Exner, Das österreichische Hypothekenrecht, 1876. Die Simultanhypothek in Grünhut Z. V S. 66 ff. (der vorher erschienene Abschnitt des Handbuchs). Dernburg, Das preuss. Hyp.-R. II, 1891. v. Meibom, Das mecklenb. Hyp.-R., 1871. Regelsberger, Das bayr. Hyp.R., 2. Aufl., 1895. Römer, Das württemb. Unterpfandrecht, 1876. Hachenburg, Beiträge zum Hyp.- u. Grundbuch-R. von 1895. Best, Grundbuch- und Hyp.-R., 1896. Oberneck, Hyp.-R. d. B. G.B., 1897.

trachten und man kann endlich von einer Vereinigung mehrerer selbstständiger Grundstücke[2]) auch dann sprechen, wenn sie zu Realkreditzwecken in der Weise verwendet werden, dass alle gemeinschaftlich für eine Forderung haften.

Eine bloss formale Verbindung wird dadurch hergestellt, dass die mehreren Grundstücke unter Belassung ihrer Selbstständigkeit auf einem Grundbuchblatte verzeichnet sind. Eine solche Eintragung selbstständiger Liegenschaften auf einen gemeinschaftlichen sog. Artikel kann mit Rücksicht auf den Umstand, dass alle denselben Eigenthümer haben, in denjenigen Rechtsgebieten erfolgen, in welchen das System der Personalfolien angenommen ist. Die einzelnen Grundstücke bleiben hierbei nach wie vor selbstständige Grundbuchobjecte.

Eine wirthschaftliche Zusammengehörigkeit kann in mannigfacher Art zur Erscheinung kommen.

Ein solches Verhältniss liegt vor, wenn z. B. mit einem Hause ein anstossendes Grundstück als Garten verbunden wird. Beide gehören fortan wirthschaftlich zu einander und werden im täglichen Leben als zusammengehöriger Grundbesitz behandelt. Ebenso pflegt man eine Mehrheit von selbstständig gebuchten Grundstücken, die gemeinsam bewirthschaftet werden, als ein Gut zu bezeichnen. Die gleiche Anschauung macht sich geltend, wenn mehrere bisher selbstständige Güter zu einem grösseren Gute vereinigt werden. Und ebenso wird ein Gut, zu dem neue selbstständig gebuchte Stücke hinzugeschlagen werden, z. B. zum Zwecke der Arrondirung, nach wie vor als ein einheitliches Ganzes angesehen.

Aber diese Einheit ist eine bloss thatsächliche. Für das Grundbuch existirt sie nicht, für dieses kommen nur die ein-

---

[2]) Oder anderer Tabularkörper, soweit solche neben den Grundstücken von der Gesetzgebung als Belastungsobjecte anerkannt werden. Den regelmässigen Fall bildet die Vereinigung von Grundstücken, und der Kürze halber soll im Folgenden nur von diesen die Rede sein.

zelnen Tabularkörper in Betracht, aus denen sie sich zusammensetzt, gleichgültig ob dieselben auf einem Personalfolium oder auf verschiedenen Realfolien eingetragen sind. Will daher beispielsweise der Gutsbesitzer sein Gut mit Hypotheken belasten, so kann dies nur in der Weise geschehen, dass die einzelnen Theile desselben mit solchen beschwert werden. Denn grundbuchmässig besteht kein Zusammenhang zwischen denselben. Dass ein solcher fehlt, muss gerade in solchen Fällen, in denen der Eigenthümer seinen Realkredit in Anspruch nehmen will, ganz besonders als ein Mangel empfunden werden.

Dieser Mangel kann aber auf verschiedene Ursachen zurückgeführt werden. Es kann sein, dass die verschiedenen Stücke, die ein wirthschaftliches Ganzes bilden, erst allmälig zusammengetragen worden sind. Diese bücherliche Zusammenhangslosigkeit kann aber auch vorliegen, trotzdem dass von Anfang an ein solcher Complex von verschiedenen Grundbuchobjecten gemeinschaftlich bewirthschaftet wurde. Und hier beruht sie entweder auf einem Mangel bei der ursprünglichen Anlage des Grundbuches oder darauf, dass die verschiedenartigen Belastungsverhältnisse der einzelnen Theile der Zusammenfassung des Complexes als eines bücherlichen Ganzen Schwierigkeiten in den Weg stellten [2a]).

Gleichviel aus welchem Grunde die Zusammengehörigkeit eines solchen Complexes buchmässig nicht zum Ausdruck gekommen ist, so kann dieser Mangel nachträglich gehoben werden, indem die Gesammtheit der einzelnen Bestandtheile einer solchen wirthschaftlichen Einheit auf ein Blatt im Grundbuch vereinigt wird. Hierdurch wird die wirthschaftliche Einheit auch zur bücherlichen. Es besteht von da an nur ein Grundstück [3]). Soll ein solches Gut mit einer Hypothek beschwert werden, so ruht dieselbe auf dem geeinigten Ganzen, und eine

---

[2a]) Vgl. Dernburg, Preuss. Hyp.-R. II S. 173.

[3]) Der Fall der sog. „Vereinigung“ des B. G.B. § 890.

solche Hypothek pflegt man als „Verbandshypothek" zu bezeichnen [4]).

Was endlich die Vereinigung mehrerer selbstständiger Grundstücke zu Kreditzwecken anlangt, so treten uns auch hier mannigfache Erscheinungen entgegen. Diese mehreren Grundstücke können alle demselben Eigenthümer zustehen. Sie können in diesem Falle entweder auf einem Personalfolium oder auf verschiedenen Realfolien eingetragen sein. Sie können ferner einen wirthschaftlichen Verband bilden, oder einander in dieser Beziehung ganz unabhängig gegenüberstehen. Und ebenso ist es auch möglich, dass sie im Eigenthum ganz verschiedener Personen sich befinden. In allen diesen Fällen aber haften diese mehreren Grundstücke zusammen hypothekarisch für eine ungetheilte Forderung, und eine solche Hypothek nennt man Correal- oder Gesammthypothek [5]).

II.

Begriff der Correalhypothek.

Fassen wir zunächst die charakteristischen Merkmale, die bei der Correal- oder Gesammthypothek zur Erscheinung kommen, ins Auge. Wir haben es hier mit einer Hypothek [6]) zu thun, die gleichzeitig für die gleiche Forderung auf einer

---

[4]) Vgl. v. Meibom, Mecklenb. Hyp.-R., S. 113.

[5]) Der Ausdruck Correalhypothek, der in der Literatur sehr gebräuchlich ist, findet sich in der preuss. Konkursnovelle v. 8. Mai 1855. Gesammthypothek und Gesammtgrundschuld wird dieselbe genannt in den preuss. Grundbuchgesetzen v. 5. Mai 1872 und im B. G.B. Als Simultanhypothek wird sie bezeichnet in Oesterreich und theilweise in Süddeutschland, in Württemberg scheint der Ausdruck Solidarhypothek üblich zu sein (vgl. Römer S. 222). Auch das Wort Verbandshypothek, welches Meibom auf den oben erwähnten Fall beschränkt, kommt für dieselbe in Verwendung.

[6]) Oder Grundschuld. Der Einfachheit wegen werden wir im Folgenden nur von der Correalhypothek sprechen, da für die Gesammtgrundschuld die gleichen Grundsätze gelten.

Mehrheit von Pfandobjecten lastet. Diese Haftungsgegenstände sind regelmässig Grundstücke, es können aber auch andere Objecte sein, sofern an denselben durch Eintragung ins Grundbuch dingliche Rechte erworben werden können. So können z. B. nach österreichischem Recht unbedenklich für die gleiche Forderung haften ideelle Antheile an einem Hause, Niessbrauchsrechte und Rentenrechte an solchen Antheilen [7]).

Nach dem B. G.B. sind Belastungsobjecte Grundstücke (§ 1113) und das Erbbaurecht (§ 1017); ideelle Theile eines Grundstücks könnten es nur dann sein, wenn sie den Antheil eines Miteigenthümers bilden [8]).

Die einzelnen zur Mithaft gestellten Grundstücke können, wie bereits erwähnt, in einer Hand vereinigt sein oder verschiedenen Eigenthümern zustehen. Sie können wirthschaftlich zusammengehören oder unabhängig von einander sein. Ihre Mithaft kann, gleichzeitig oder nach einander, durch ein Rechtsgeschäft oder durch mehrere Einzelverträge begründet sein [9]).

Die Haftung kann das einzelne Object ganz ergreifen oder nur bis zu einem bestimmten Betrage, in der Art, dass bis zu dessen Höhe das Pfandobject für die ganze Schuld in Anspruch genommen werden kann [10]). Die Haftung kann begründet werden für eine eigene Schuld des Verpfänders oder für eine fremde.

Im Ferneren ist hinsichtlich des Pfandobjects noch darauf hinzuweisen, dass die einzelnen Grundstücke, abgesehen von der zunächst in Betracht kommenden Correalhypothek, die auf ihnen ruht, noch anderweitig zu Realkreditzwecken verwendet sein können. Sie können mit Einzelhypotheken be-

---

7) Exner, Oesterr. Hyp.-R., S. 292.

8) Ueber die Zulässigkeit der Belastungsfähigkeit anderer vererblicher und übertragbarer Nutzungsrechte entscheidet die Landesgesetzgebung. E.G. § 196. Ueber die Haftung ideeller Theile siehe weiter unten.

9) Exner a. a. O. S. 298.

10) Exner a. a. O. S. 296; Dernburg, Pr. Hyp.-R. II S. 170.

lastet sein, die der Correalhypothek vorgehen oder nachstehen. Sie können ebenso die Objecte einer oder mehrerer weiterer Correalhypotheken bilden, und endlich noch ausserdem in Verbindung mit ganz anderen Grundstücken correaliter verpfändet sein.

In dieser Mannigfaltigkeit der Erscheinungen finden wir als gemeinsames Merkmal die gleichzeitige Haftung einer Mehrheit von hypothekarisch belasteten Objecten. Dieser Mehrheit von Objecten entspricht eine Mehrheit von Pfandrechten[11]). Es entstehen so viel Hypotheken, als Grundstücke haften. Aber alle diese Hypotheken haften für eine einzige ungetheilte Forderung, in dieser treffen sie als in ihrem wirthschaftlichen Brennpunkt zusammen.

Die Mehrheit der Rechte dient demselben wirthschaftlichen Zwecke der grösseren Sicherheit des Gläubigers. Und mit Rücksicht auf diesen wirthschaftlichen Zweck wird gewöhnlich diese Mehrheit von Rechten als etwas Einheitliches betrachtet.

Aus dieser Einheit der Schuld wird regelmässig Ungetheiltheit derselben gefolgert — pignoris causa est individua — in dem Sinne, dass jede der correal verpfändeten Liegenschaften für den ganzen Betrag haftet, bis die ganze Schuld abgetragen ist, oder wenn ausgemacht wurde, dass eines der Objecte nur bis zu einem bestimmten Betrage in Anspruch genommen werden darf (s. o.), dass dasselbe bis zur vollständigen Abzahlung für diesen Betrag in Anspruch genommen werden kann.

Das gemeine Recht lässt den Gläubiger nach seiner Willkür Befriedigung aus den mithaftenden Grundstücken suchen (l. 8 D. 20, 5). Er kann, um sich für seine Forderung bezahlt zu machen, eines der Grundstücke herausgreifen oder mehrere, oder aber auch alle insgesammt in Anspruch nehmen. Diese Befugniss steht ihm zu bis zu seiner vollständigen Be-

---

[11]) Exner a. a. O. S. 293; Regelsberger, Bayr. Hyp.-R., S. 260.

friedigung. Ist diese aber erfolgt, und sei es nur aus einem der Grundstücke, so werden alle zur Mithaft gestellten Liegenschaften aus der hypothekarischen Haft entlassen. Auf dieses freie Wahlrecht, welches in die meisten modernen Gesetzgebungen übergegangen ist, und namentlich auf seine wirthschaftlichen Folgen ist weiter unten zurückzukommen.

Nach den angegebenen Merkmalen finden wir auch die Correalhypotkek in der Mehrzahl der modernen Gesetzgebungen formulirt, von denen nur einige herausgegriffen werden mögen.

Oesterr. Gr.B.G. von 1874 § 15. Das Pfandrecht kann für dieselbe Forderung ungetheilt auf zwei oder mehrere Grundbuchskörper oder Hypothekenforderungen eingetragen werden (Simultanhypothek).

Preuss. Eig.-Erw.-Ges. vom 5. Mai 1872, § 42. Wenn eine Hypothek oder Grundschuld ungetheilt für mehrere Grundstücke haftet, so ist der Gläubiger berechtigt, sich an jedes einzelne Grundstück wegen seiner ganzen Forderung zu halten. Soweit der Gläubiger aus einem Grundstück seine Befriedigung erhalten hat, erlischt die Hypothek- oder Grundschuld auf die mitverpfändeten Grundstücke.

D. B.Gg. § 1132. Besteht für die Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken (Gesammthypothek), so haftet jedes Grundstück für die ganze Forderung. Der Gläubiger kann die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zu einem Theile suchen.

Die Zusammenstellung der Bestimmungsmerkmale der Correalhypothek zeigt eine gewisse Analogie mit der Correalobligation: eine ungetheilte Forderung, Erlöschen derselben durch einmalige Befriedigung des Gläubigers und eine Mehrheit von Objecten, wie dort eine Mehrheit von Subjecten. Man hat daher in der älteren Literatur das Wesen der Correalhypothek als eine correalitas realis aufgefasst [12]). Gegen den Ausdruck ist, wie Exner richtig bemerkt, nichts einzu-

---

[12]) Vgl. Exner a. a. O. S. 295 ff.

wenden. Derselbe ist aber nur als Bild zu verwerten, und es ist namentlich davor zu warnen, die Grundsätze der Correalobligation ohne Weiteres wegen dieser gewissen Aehnlichkeit auch auf die Correalhypothek anzuwenden. Im Grunde sind beide Institute durchaus von einander verschieden. Die mehreren in Mithaft gezogenen Objecte sind selbstverständlich nicht Schuldner. Auch der, oder die Eigenthümer der hypothecirten Grundstücke, je nachdem dieselben in einer Hand vereinigt sind oder verschiedenen Personen zustehen, brauchen nicht nothwendig Schuldner zu sein, und ebensowenig ist es erforderlich, dass dieselben durch einen Vertrag mit einander verbunden sind. Nur unter der Voraussetzung dieser gemeinsamen Schuldhaft aller könnte von einer analogen Anwendung der Regeln über die Gesammtschuld die Rede sein.

Die Protocolle zum Entwurfe II des B. G.B. fassen den Begriff der Correalhypothek dahin auf, dass die Befriedigung nur einmal verlangt werden kann, und lassen jedes der einzelnen Grundstücke unter der Resolutivbedingung verhaftet sein, dass der Gläubiger den Betrag nicht aus einem anderen verlange. Dass hiermit nur ein Bild eingeführt, aber keineswegs das Wesen der Correalhypothek erschlossen wird, ist zutreffend von Hachenburg dargelegt worden [13]). Um das Wesen der Correalhypothek richtig zu erfassen, handelt es sich aber nicht bloss um die Begriffsbestimmung, sondern es müssen auch die wirthschaftlichen Wirkungen dieses Instituts richtig klargestellt werden.

Ob der Begriff der Correalhypothek, so wie er in den meisten modernen Gesetzen aufgestellt ist, den Anforderungen des Verkehrs entspricht, ob namentlich die Bedürfnisse des Realkredits bei einer derartigen gesetzlichen Formulirung ihre Rechnung finden, bleibt noch festzustellen. Jedenfalls darf nicht verkannt werden, dass ein Gebiet des Hypothekenrechts

---

[13]) Hachenburg, Beiträge zum Hyp.- und Grundbuchrecht des Entwurfs d. B. G.B. f. d. D. R., 1895, S. 129 ff.

in Frage kommt, dessen richtige Ausgestaltung das wirthschaftliche Wohl ungemein fördern kann. Es handelt sich hierbei nicht bloss darum, Rechtssätze von juristisch correcter Construction aufzustellen, sondern um solche von wirthschaftlicher Brauchbarkeit. Diese wirthschaftliche Seite wird regelmässig viel zu wenig beachtet, und es kann nicht genug hervorgehoben werden, dass unter diesen wenigen in erster Linie Dernburg[14]) mit ganz besonderem Nachdruck auf diese wirthschaftliche Seite hingewiesen hat.

Diese wirthschaftlichen Folgen können möglicherweise sehr ungünstige sein. Abgesehen von praktischen Verwickelungen kann die Correalhypothek in der ausgeführten Gestaltung eine Reihe von schwerwiegenden Collisionen zwischen den Rechten verschiedener Betheiligten erzeugen. Alle diese Collisionen stellen sich aber als Ergebniss des freien Wahlrechts dar. Durch die Ausübung desselben liegt es in der Hand des Gläubigers, bestimmte Personen erheblich zu beeinträchtigen und andere zu begünstigen. Dem gegenüber entsteht die Frage, ob die Möglichkeit eines Ausgleichs dieser widerstreitenden Interessen gegeben ist. Bevor aber dieser Frage näher getreten werden kann, ist es geboten, zunächst die Entstehungsgründe der Correalhypothek ins Auge zu fassen.

III.

Entstehungsgründe.

Die Entstehungsgründe der Correalhypothek können sehr verschiedene sein. Dieselben stellen sich dar entweder als eine Folge von Ereignissen, die ausserhalb des Willens der betheiligten Personen liegen, oder es ist gerade der Wille derselben, der darauf abzielt, ein solches Verhältniss ins Leben zu rufen.

---

[14]) Preuss. Hyp.-R. II S. 169 ff.

Unabhängig vom Willen der Betheiligten lassen, mit Ausnahme einiger Rechte, auf die weiter unten zurückzukommen ist, die meisten Gesetzgebungen sie hervorgehen aus dem Falle der Theilung und Zerstückelung eines mit einer Hypothek belasteten Grundstückes, wenn die Forderung selbst von dieser Theilung unberührt bleibt.

Hierbei sei noch bemerkt, dass in Oesterreich erst durch Gesetz vom 6. Februar 1869 dem Eigenthümer die Befugniss eingeräumt worden ist, auch ohne Einwilligung des Hypothekengläubigers sein Grundstück zu theilen, wodurch dann von selbst für denselben eine Correalhypothek an den neugebildeten Theilgrundstücken entsteht [15]).

In diesen Rechten ist die Entstehung einer Correalhypothek als Folge der Theilung oder Zerstückelung des mit Hypotheken belasteten Grundstückes zweifellos, wenn eine wirkliche Zerschlagung desselben in verschiedene selbstständig gebuchte Tabularkörper erfolgte. Sie darf aber nicht angenommen werden, wenn die Theilung eine bloss ausserbücherliche ist. Durch eine solche werden die Rechte der Hypothekengläubiger in keiner Weise berührt [16]).

Ueber die Wirkungen einer bücherlichen Theilung eines Grundstückes in ideelle Theile, falls dasselbe in das Miteigenthum mehrerer Personen kommt, gehen schon die Meinungen aus einander.

Exner [17]) und Kirchstetter [18]) verneinen dies, gleichviel ob diese ideelle Theilung zur Zeit der Belastung schon vorlag oder erst später vorgenommen wurde, weil die ideelle Theilung den Gläubiger nicht berühre. Exner beruft sich hierfür auf das Oesterr. A. B. G.B. § 847. Dernburg [19])

---

[15]) Exner a. a. O. S. 299.

[16]) Vgl. Exner a. a. O. S. 299.

[17]) Exner a. a. O. S. 300.

[18]) Kirchstetter, Commentar zum Oesterr. A. B. G.B., 5. Aufl., herausgeg. v. Maitisch, S. 266.

[19]) Dernburg a. a. O. II S. 170, Abs. 3.

sagt: „Ein Fall der Correalhypothek ist es, wenn Miteigenthümer ihren ideellen Theil an demselben Grundstück für dieselbe Schuld verpfänden.“ Dieser Satz bedarf der Erläuterung. Zweifellos wird im Falle der ideellen Theilung eine Correalhypothek entstehen, wenn die Miteigenthümer Correalschuldner sind und sie ihre Correalschuld grundpfändlich mit den in ihrem Miteigenthum stehenden Grundstücken versichern. Wenn dagegen die Umschreibung des belasteten Grundstückes auf mehrere Personen zu ideellen Theilen erfolgt, so ist allerdings Exner-Kirchstetter insofern beizupflichten, als durch dieses Geschäft inter tertios die Rechtslage des Gläubigers nicht berührt wird. Der § 1114 des B. G.B. wird wohl so zu interpretiren sein, dass, wenn ein Grundstück in das Miteigenthum Mehrerer kommt, Jeder seinen ideellen Theil belasten kann. Kommt dagegen das belastete Grundstück ins Miteigenthum, so wird die Hypothek hiervon nicht berührt. Dem Gläubiger ist das Grundstück verhaftet.

Eine Correalhypothek im eigentlichen Sinne entsteht hier nicht, weil in einem solchen Falle nicht eine Mehrheit von Pfandrechten, sondern ein einziges Pfandrecht vorliegt, das auf den im Miteigenthum stehenden Grundstücken lastet. Praktisch wird aber das Resultat ein ganz ähnliches sein, als wenn eine wirkliche Correalhypothek vorhanden wäre, insofern als der Gläubiger nach Belieben auf jeden der einzelnen Miteigenthümer seinen Zugriff für die ganze Forderung richten kann, eben weil die Theilung seine Rechte nicht berührt.

Von selbst ergiebt sich eine Correalhypothek ferner in den Rechtsgebieten, welche die Judicatshypothek anerkennen, als eine Folge derselben, wenn für eine Forderung, die durch gerichtliches Urtheil vollstreckbar geworden ist, alle Liegenschaften des Schuldners ungetheilt haften. Da die Correalhypothek in erster Linie, wie jede andere Hypothek, als ein Werkzeug des Realkredits aufgefasst werden muss, während durch die Zulassung der Judicatshypothek dieselbe in unberechtigter Weise als Mittel zur Versicherung des Personalkredites zur

Verwendung kommt, so soll hier auf dieselbe nicht näher eingegangen werden, um so mehr, als sich im modernen Rechte immer mehr die Tendenz bemerkbar macht, dieselbe zu beseitigen [20]).

Durch den Willen der Betheiligten wird sie begründet, wenn es denselben zweckmässig erscheint, eine Mehrheit von Gütern, die eine wirthschaftliche Einheit bilden, aber für welche die grundbuchmässige Zusammenfassung unterblieben ist, als Einheit zu verpfänden.

Ferner begegnen wir namentlich bei kleinbäuerlichen Besitzverhältnissen und in den Gegenden starker Güterzersplitterung häufig der Erscheinung, dass die Werthreste eines schon stark belasteten Grundstückes, die für sich genommen gar keine oder keine genügende Kreditfähigkeit mehr haben, in der Weise für den Realkredit die erforderliche Eignung erhalten, dass sie, mit anderen Gütern oder ähnlichen Werthresten verbunden, für eine Forderung haftbar gemacht werden.

Zu beachten ist hierbei, dass diese verschiedenen, gemeinsam verpfändeten Grundstücke entweder im Eigenthum einer Person stehen, oder verschiedenen Eigenthümern gehören.

Nicht in den Bereich der Correalhypothek gehört der Fall, in dem neben den Schuldner, der für seine Schuld Hypotheken bestellt hat, ein Bürge tritt, dessen Bürgschaftsobligation ebenfalls durch eine Hypothek versichert ist. Wie die Bürgschaft selbst, so ist auch die für sie errichtete Hypothek accessorisch. Man hat es hier nicht mit einer einzigen Obligation zu thun, sondern mit zweien, und die Rechtswohlthat der Vorausklage richtet sich hier sowohl gegen die persönliche als gegen die Pfandklage, die gegen den Bürgen erhoben wird.

---

[20]) So in vielen schweizer. Rechten, vgl. Huber, Geschichte und System des schw. Priv.-R. III, S. 531 ff.

IV.

Bücherliche Behandlung.

Für die einzelnen Hypotheken, welche zusammen die Correalhypothek ausmachen, fehlt es an einer technischen Bezeichnung. Exner bezeichnet sie nicht unpassend als Zweighypotheken (a. a. O. S. 302). Dieselben sind einander coordinirt. Es findet nicht etwa ein Unterordnungsverhältniss der einen unter die andere statt. Jede hat ihr eigenes juristisches Schicksal. Jede wird durch einen besonderen bücherlichen Act begründet und gelöscht[21]. Eine Besonderheit, die sich daraus ergiebt, dass der Gläubiger trotz der Vielheit der Hypothek nur einmalige Befriedigung verlangen kann, zeigt sich darin, dass, wenn diese Befriedigung aus einem Grundstück erfolgt ist, auch die Hypothek an den anderen Grundstücken regelmässig erlischt.

Und eine weitere Eigenthümlichkeit besteht mit Rücksicht auf die Uebertragung der Correalhypothek. Der Gläubiger kann nicht die einzelnen Zweighypotheken für sich cediren und etwa eine oder mehrere Zweighypotheken zurückbehalten oder dieselben an verschiedene Personen übertragen. Dadurch könnte, wenn der Cessionar durch den öffentlichen Glauben geschützt ist, für den Schuldner die Gefahr erwachsen, mehrmals bezahlen zu müssen, während nur eine Forderung besteht. Einzelne Grundbuchordnungen haben, um eine solche Eventualität zu verhüten, cautelarische Vorschriften erlassen, von denen noch zu sprechen sein wird.

Was gerade diese bücherliche Behandlung der Correalhypotheken anlangt, so enthalten nicht alle Gesetzgebungen hierüber Bestimmungen. Im Allgemeinen haben die Buchbehörden die correale Haftung durch einen Vermerk, eine Anmerkung im Grundbuch erkenntlich zu machen. Alle

---

[21]) So braucht die mora des einen Hypothekschuldners ihre Wirkungen nicht auf die anderen zu äussern.

späteren sich auf eine der Zweighypotheken beziehenden bücherlichen Vorgänge (z. B. Begründung einer weiteren Correalhaftung mit anderen Hypotheken von einer anderen Gruppe von Grundstücken) müssten folgerichtig bei jedem der in Frage kommenden Einträge angemerkt werden. Hier ist aber auch eine andere Art des Vorgehens möglich, welches in Ungarn und in Oesterreich angenommen ist [22]).

Es wird dort eine der Einlagen zur sog. „Haupteinlage" gemacht, neben welcher die anderen hypothekarischen Einträge als „Nebeneinlagen" erscheinen. Die Bedeutung dieser Erleichterung ist folgende. In der Haupteinlageacte werden alle Vorgänge vermerkt, die sich auf die Correalhypothek beziehen, auf diese ist bei Einsicht des Buches stets zurückzugehen, um den wahren Bestand der Correalhypothek zu erkennen. Zur Beobachtung der Uebersicht dient die Verweisung von der Haupteinlage auf die Nebeneinlage und umgekehrt. Nur die Löschung muss auch bei jeder Nebeneinlage erfolgen. Die ungarische Grundbuchordnung von 1855 spricht von Haupthypothek und Nebenhypothek. Diese Bezeichnung ist aber irreführend und daher die Fassung des österr. G.B.Ges. von 1874 vorzuziehen. Keine der verschiedenen Zweighypotheken ist der anderen untergeordnet. Die grössere Bedeutung, die der Haupteinlage zukommt, ist nur eine formale.

Welche von den verschiedenen Eintragungen Haupteinlage sein soll, ist principiell gleichgültig. Die Bestimmung hierüber steht den Betheiligten zu. In Ermangelung einer solchen behandelt der Grundbuchrichter bei gleichzeitiger Begründung der Simultanhaftung die zuerst in der Anmeldung genannte, bei successiver Bestellung der Hypotheken die zuerst allein haftende als solche. Fällt die Haupteinlage fort, so ist es wieder Sache der Betheiligten anzuordnen, welche der Nebeneinlagen in die Haupteinlage umgewandelt werden soll. Fehlt eine solche Parteibestimmung, so entscheidet der

[22]) Vgl. Exner a. a. O. S. 304 ff.

Grundbuchrichter hierüber. Die Umwandlung erfolgt in der Art, dass der ganze Inhalt der bisherigen Haupteinlage auf die Nebeneinlage, die jetzt Haupteinlage werden soll, übertragen wird.

Die preussische Grundbuch-Ordnung vom 5. Mai 1872 bestimmt in § 78: Soll eine dauernde Last, Hypothek oder Grundschuld, auf mehrere Grundstücke zur Gesammthaft eingetragen werden, so ist auf dem Blatt jedes Grundstücks die Mithaft der anderen zu vermerken, und § 125: Bei der Gesammthypothek und Gesammtgrundschuld werden von allen haftenden Grundstücken, welche ein besonderes Blatt im Grundbuch haben, die Hypotheken- und Grundschuldbriefe ausgefertigt und mit einander durch Schnur und Siegel verbunden. Bei der Gesammthypothek solcher Grundstücke, welche einen gemeinschaftlichen Artikel im Grundbuch haben, wird nur ein Hypotheken- oder Grundschuldbrief ausgefertigt. In demselben sind die einzelnen mithaftenden Grundstücke anzugeben.

Die Reichs-Grundbuchordnung vom 24. März 1897 bestimmt in § 49, dass auf dem Blatte jedes Grundstücks die Mitbelastung der übrigen von Amts wegen erkennbar zu machen ist.

Für den Fall der nachträglichen Mitbelastung gilt das Gleiche und ebenso, wenn ein Theil eines der so belasteten Grundstücke auf ein anderes Blatt übertragen wird. In gleicher Weise ist auch das Erlöschen einer Mitbelastung von Amts wegen zu vermerken.

Im Gegensatz zu § 125 der preuss. Gr.B.O. enthält § 59 der Reichs-Gr.B.O. die Vorschrift, dass über eine Gesammthypothek für alle in einem Grundbuchamtsbezirk belegenen Grundstücke nur ein Hypothekenbrief ertheilt werden soll. Wenn die Grundstücke theilweise in einem anderen Bezirk belegen sind, so ist ein weiterer solcher auszufertigen und die verschiedenen Hypothekenbriefe mit einander zu verbinden.

Bei nachträglicher Mitbelastung eines im gleichen Bezirk

gelegenen Grundstücks soll kein neuer Brief aufgestellt werden, sondern dieselbe auf den bisherigen Briefen vermerkt und dieser ergänzt werden (§ 63).

Endlich ist, wenn die Gesammthypothek auf die einzelnen Grundstücke vertheilt wird, für jedes Grundstück ein neuer Brief zu bilden (§ 64).

Die Bestimmungen des § 125 der preus. Gr.B.O. und des § 59 der Reichs-Gr.B.O. und indirect auch der übrigen angeführten sind von grosser praktischer und wirthschaftlicher Bedeutung! Dieselben sind zum Schutze des oder der Gesammtpfandschuldner aufgestellt. Es wird dadurch verhütet, dass der Gläubiger etwa einzelne der Zweighypotheken zu Ungunsten des oder der Schuldner ausnützen kann.

Ohne eine derartige Vorschrift könnte, wie schon oben angedeutet, der Gläubiger z. B. eine der Zweighypotheken cediren oder ein Afterpfand daran bestellen und sodann eine der anderen Zweighypotheken für sich exequiren, so dass der Schuldner eventuell zweimal bezahlen müsste. Seinen Regress gegen den arglistigen Gläubiger könnte er in diesem Falle nur mit einer persönlichen Klage nehmen.

Derartige betrügerische Manipulationen sind ausgeschlossen, wenn über die Gesammthypothek nur ein Brief ausgestellt oder wenigstens die verschiedenen Briefe mit einander verbunden sind.

Sehr einfach gestaltet sich die bücherliche Behandlung der Gesammthypothek in Hessen. Dort werden die Hypothekenbücher nach Personalfolien geführt. Alle demselben Gläubiger zustehenden Hypotheken sind auf einem Blatt verzeichnet. Der einfache Vermerk der Mithaft genügt und die Eintragungen in verschiedene Realfolien verschiedener Grundbücher fallen somit fort. Dieses System ist der Begründung von Correalhypotheken sehr förderlich [23]).

---

[23]) Vgl. Best, Grundbuch- und Hypothekenrecht, II S. 54.

V.

Zulässigkeitsfrage.

Wir haben in der bisherigen Erörterung die Erscheinungsform und Entstehungsursache der Correalhypothek kennen gelernt. Soviel steht von vornherein fest, dass die Verhältnisse bei der Correalhypothek in einzelnen Fällen sehr verwickelte und praktisch schwer lösbare sein können. Es wird sich im Folgenden zeigen, dass ausser dieser praktischen Schwierigkeit dieselbe Interessencollisionen der schwerwiegendsten Art und tiefeinschneidende wirthschaftliche Schädigungen bestimmter betheiligter Personen hervorbringen kann. De lege ferenda könnte daher sehr wohl die Frage aufgeworfen werden, ob diesem Rechtsinstitut überhaupt die Existenzberechtigung zukommt.

Diese Frage ist vom rechtlichen und vom wirthschaftlichen Standpunkt aus zu erörtern.

Auf gemeinrechtlichem Boden kann zweifellos ein Gesammtpfandrecht zur Entstehung gelangen. Es ist auch bereits darauf hingewiesen worden, dass das in den meisten Gesetzgebungen angenommene freie Wahlrecht des Gläubigers schon im römischen Recht anerkannt ist. Es fragt sich aber im Weiteren, ob ein solches Gesammtpfandrecht mit den Principien des modernen Hypothekenrechts in Einklang gebracht werden kann. Das ist mehrfach in Abrede gestellt worden. So hat Mascher[24]) behauptet, dasselbe stehe mit dem Princip der Specialität in Widerspruch, was nicht richtig ist. Die Einwendungen, die vom Standpunkt des Specialitätsprincips aus gegen die Generalhypotheken vorgebracht werden können, treffen hier nicht zu. Die Generalhypothek ist nicht um deswillen ausgeschlossen, weil sie eine

---

[24]) Mascher, Das deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen, 1869, S. 674. Richtig dagegen Exner a. a. O. S. 290 und Römer, Württemb. Unterpf.-R., 1876, S. 221.

Mehrheit von Objecten umfasst, sondern darum, weil das Maass der Haftung unbestimmt ist. Hier ist dieses Maass ganz genau festgestellt.

Wenn aber auch vom constructiven Gesichtspunkt nichts gegen die Correalhypothek einzuwenden ist, so bleibt immer noch die Frage offen, ob dieselbe vom wirthschaftlichen berechtigt ist. In weitgehender Weise nimmt dies Exner[25]) an, für den sie einem unabweisbaren praktischen Bedürfniss entspricht und für die „technische Nothwendigkeit der Vervielfältigung einer untheilbaren Forderung bei Theilung" die erforderliche Lösung giebt. Mascher[26]) will dieselbe aus der modernen Gesetzgebung beseitigt wissen, weil sie den Realkredit gefährde. Sie habe allerdings Bürgerrecht erworben, aber zum Nachtheil des Realkredites, und wenn man für sie anführe, dass bisher keine diesbezüglichen Klagen laut geworden seien, so ist darum nicht ausgeschlossen, dass solche noch laut werden können.

Exner[27]) giebt auch zu, dass in der Begründung einer Correalhypothek eine Kreditvergeudung liege; allein, wenn der Schuldner auf andere Art überhaupt keinen Kredit mehr erhält, so dürfe man ihm den Weg nicht abschneiden, unter härteren Bedingungen dazu zu gelangen.

Die richtige Lösung der Frage giebt Dernburg[28]). Das, was er über die preussischen Verhältnisse sagt, trifft überall zu. Auch er ist kein Freund der Gesammthypotheken und -Grundschulden. Da, wo ein wirthschaftliches Bedürfniss für deren Zulassung nicht vorliege, sollten sie unbedingt untersagt sein. Da, wo sie sich als nothwendiges Uebel eingebürgert haben, wie in Preussen, wo sie mit Rücksicht auf Parzellirungen unentbehrlich sind, können sie nicht beseitigt werden. In solchen Rechtsgebieten wird es aber Aufgabe des

---

[25]) A. a. O. S. 289.

[26]) A. a. O. S. 674 ff.

[27]) A. a. O. S. 290.

[28]) Pr. Hyp.-R. II S. 169.

Gesetzgebers sein, die wirthschaftlichen Schädigungen, die sie hervorbringen können, zu beseitigen oder möglichst abzuschwächen.

VI.

Stellung der Gesetzgebung zur Mithaft mehrerer Grundstücke.

Was den Stand der Gesetzgebung bezüglich der Correalhypothek anbetrifft, so ist bisher nur constatirt worden, dass die Mehrzahl der modernen Rechte dieselbe kennt, und einige Bestimmungen derselben sind, wo es nothwendig erschien, im Vorbeigehen angeführt worden. Es ist nunmehr auf die Frage näher einzugehen, welche Stellung die modernen Rechte der Gesammtbelastung einer Mehrheit von Grundstücken gegenüber einnehmen. Wir finden diesbezüglich einen verschiedenen Standpunkt vertreten. Einige Gesetzgebungen verbieten dieselbe ganz oder theilweise, entweder ausdrücklich oder sie schliessen solche stillschweigend aus, indem sie z. B. für den Fall der Zertheilung Grundsätze aufstellen, neben denen die Correalhypothek gar nicht aufkommen kann. Andere lassen sie ausdrücklich oder stillschweigend zu, in geringerem oder grösserem Umfange, und zeigen im Einzelnen Verschiedenheit hinsichtlich ihrer Normirung.

Unzulässig ist die Correalhypothek durch ausdrückliches Verbot in Hamburg[29]), wo sie früher gestattet, aber dann mit Rücksicht auf die durch sie entstehenden Verwickelungen beseitigt worden ist. Ebenso enthält ein directes Verbot derselben eine Mecklenburger H.O.[30]), so hinsichtlich der Errichtung sowohl von Correal- wie Verbandshypotheken, die Schweriner revid. ritterschaftliche Hyp.-O. (§ 11 N. 5) und die Schweriner Domanial-Hyp.-O., während die übrigen sie gestatten.

---

29) Vgl. Mascher a. a. O. S. 675.

30) Vgl. Meibom a. a. O. S. 115.

In gleicher Weise ist die gemeinschaftliche Verpfändung mehrerer Liegenschaften für eine Forderung nach Art. 839 des Civ.G.B. des Kanton Solothurn untersagt[31]).

Das russische Recht[32]) bestimmt, dass, wenn mehrere verschiedene Grundstücke verpfändet werden sollen, die in verschiedenen Gouvernements oder an verschiedenen Orten des gleichen Gouvernement belegen sind, für jedes Grundstück ein besonderer Act zu veranstalten ist. Nur wenn Pfandgläubiger und Verpfänder hiermit einverstanden sind, kann die mehrfache Verpfändung in einem Act erfolgen. In jedem Falle ist aber genau anzugeben, für welchen Betrag jedes Grundstück haftet.

Für das englische Recht[33]) gilt regelmässig der Grundsatz, dass, wenn durch den Tod einer Person, die eine Schuld grundpfändlich durch mehrere Grundstücke versichert hatte (the mortgager), deren Besitzstand auf ihre Erben übergeht, dann diese Schuld auf die verschiedenen Grundstücke nach Verhältniss ihres Werthes vertheilt werden soll, vorausgesetzt, dass hierdurch der Pfandgläubiger (the mortgagee) nicht zu Schaden kommt.

Regelmässig wird also die Pfandschuld (mortgage debt) hier in Theile zerfallen. Ausnahmsweise kann nach englischem Recht eine Mithaft mehrerer Grundstücke ungetheilt stattfinden, in den Fällen, in denen nach dem Grundsatze der equity die sog. doctrin of consolidation of securities Platz greift[34]).

Mit dieser consolidation of securities (Verstärkung der Sicherheit) hat es folgende Bewandtniss. Wenn Jemand einem Anderen Grundstücke für eine Geldschuld verpfändet und

---

[31]) Huber a. a. O. III S. 485.

[32]) Swod zakonow graschdanskich (bürgerl. Gesetzbuch) § 1644 (der 10. Bd. des swod zakonow).

[33]) Williams, Principles of the Law of real property, 1879, S. 421.

[34]) Williams a. a. O. S. 424.

später desgleichen andere Grundstücke für eine andere Schuld zu Pfand giebt, so haften fortan sämmtliche nach einander verpfändete Grundstücke nach der equity insgesammt für den Gesammtbetrag beider Schuldforderungen. Der Verpfänder kann in diesem Falle nicht das eine Pfand auslösen (redeem), ohne zugleich auch die andere Schuld abzuzahlen, und der Pfandgläubiger (mortgagee) kann bis zu voller Befriedigung für Capital und Zins beider Forderungen alle Grundstücke in Anspruch nehmen, ohne durch irgend welche Rücksichten gebunden zu sein. Diese Grundsätze sind noch auf den Fall ausgedehnt worden, wo verschiedene Pfänder an verschiedene Personen bestellt wurden und später in Folge von Uebertragungsacten in der gleichen Hand sich vereinigt haben, z. B.

A Hypothek von Grundstück α des X und
B eine solche von Grundstück β desselben und
B überträgt dem A seine Hypothek, so kann das Grundstück β auch für die ursprüngliche Forderung des A in Anspruch genommen werden, so dass für diese Schuld α und β gemeinsam haften.

Aehnliche Normirung wie das russische enthält das schwedische Recht[35]).

Sind mehrere Grundstücke für die gleiche Forderung mit Hypotheken belastet und es ist nicht documentirt, bis zu welchem Betrage die Schuld jedes einzelnen Grundstückes in Anspruch genommen werden soll, dann haftet jedes Grundstück nach Verhältniss seines Werthes für den entsprechenden Theil derselben. (Dieser Werth wird nach der letzten amtlichen Schätzung, die in Schweden alle zwei Jahre stattfindet, berechnet.) (§ 33.)

Nur für den Fall, dass der Kaufschilling des einen Grund-

---

[35]) Sveriges Rikes Lag (schwedisches Reichsgesetz) Räkegångs Balk (Processordnung) Cap. 7. An ente eking (von der Hypothek) § 32 (dieses 7. Capitel enthält eine Kanzleiverordnung v. 16. Juni 1875.

stückes nicht ausreicht, um den darauf entfallenden Betrag zu decken, tritt eine subsidiäre Haftung auch der übrigen Liegenschaften für diesen Ausfall ein (§ 34).

Was die schweizerischen Kantonalrechte anbetrifft, so finden wir in denselben, abgesehen von der citirten Bestimmung des Solothurner Civ.G.B., kein Verbot der Correalhypothek, so dass der vertraglichen Begründung einer solchen principiell nichts im Wege steht.

In der That ist dieselbe in manchen Orten, wie in Zürich, Basel, praktisch. Allein ein grosses Anwendungsgebiet nimmt dieselbe für sich nicht in Anspruch und Klagen über wirthschaftliche Schädigungen, die durch sie hervorgebracht werden, wie sie anderwärts oft gehört werden, sind in der Schweiz noch nicht laut geworden.

Besonderheiten treten uns im schweizerischen Recht entgegen, rücksichtlich eines der oben erwähnten möglichen Entstehungsgründe der Correalhypothek, nämlich der Theilung und Zerstückelung eines mit Hypotheken belasteten Grundstückes. Für diese Fälle tritt in verschiedenen Rechtsgebieten ganz verschiedene Normirung ein, in der sich die Verschiedenheit der historischen Entwickelung der Grundversicherung in der Schweiz widerspiegelt.

Als Product dieser historischen Entwickelung treten uns, wie die treffliche Darstellung von Eugen Huber[36]) uns zeigt, drei typische Formen entgegen: das Grundpfand mit rein accessorischem Charakter, das mit der principalen Forderung steht und fällt, die modernisirte Gült mit Reallastnatur und als dritte Art diejenige Grundversicherung, wo zu der Reallast eine persönliche Forderung in novirter Gestalt hinzutritt, und bei welcher diese beiden als selbstständige Elemente einander gegenüberstehen[37]).

---

[36]) A. a. O. Bd. IV, S. 814 ff.

[37]) Typus dieser Gattung ist der Züricher Schuldbrief.

Da, wo die Pfandrechtsentwickelung sich auf gemeinrechtlichem Boden vollzogen hat, wird die Forderung durch eine Theilung oder Zerstückelung des Grundstückes an sich nicht berührt, so nach dem Recht von Graubünden, St. Gallen und Thurgau, nach dem jeder Theil für die ganze Forderung haftet, wohl aber auch Theilung der Schuld und Anweisung dieser Beträge auf die einzelnen Theile durch Parteivereinbarung erfolgen kann [38].

Nach dem Solothurner Recht kann im Falle des Theilverkaufs und der Zerstückelung der Schuldner dem Gläubiger Theilbeträge der Schuld auf die einzelnen Theile anweisen, oder auch nicht. Die Anweisung kann vom Gläubiger angenommen oder ausgeschlagen werden. Ist entweder die Anweisung nicht angenommen worden oder gar keine solche erfolgt, so haftet jeder Theil noch zwei Jahre nach Verfall für das Ganze [39].

Schaffhausen giebt dem Gläubiger das Recht, facultativ Schuldübernahme seitens des neuen Erwerbers anzunehmen, oder die Forderung sofort zur Liquidation zu stellen [40].

Nach Aargauischem Recht steht es dem Gläubiger frei, binnen Jahresfrist Theilung und Anweisung anzunehmen, oder die Forderung zur Liquidation zu stellen. Giebt er keine Erklärung ab, so zerfällt die Schuld von selbst in Theilschulden [41].

Zürich, das zu den Rechten mit gemischter Grundlage gehört [42], [43], lässt für den Fall der Zerstückelung das Verhältniss der sog. Einzinserei entstehen, d. h. die Schuld zer-

---

[38]) Huber a. a. O. III S. 555.

[39]) Huber a. a. O. III S. 552.

[40]) Huber a. a. O. III S. 553.

[41]) Huber a. a. O. III S. 580.

[42]) In denen sich Gülterscheinungen mit gemeinrechtlichen Elementen vereinigen, in der Art, dass sich, wie oben erwähnt, neben die Reallast eine Forderung in erneuter Gestalt stellt.

[43]) Vgl. Huber a. a. O. III S. 546 ff.

fällt in Theilschulden und die Theilschuldner oder Einzinser können vom Gläubiger zur Bildung einer Tragerei angehalten werden, d. h. zur Bezeichnung eines unter ihnen, der die Gesammtschuld gegenüber dem Gläubiger vertritt. Dieser zieht die Zinsen von den Einzelnen ein und zahlt das Ganze an den Gläubiger. Die Einzinser haften pro rata, aber nicht direct dem Gläubiger. Nur wenn derselbe vom Trager nicht befriedigt wurde, kann er subsidiär die Einzinser für ihre Theile belangen.

Abgesehen hiervon kann auch in Folge von Verabredung „Verstossung“ der ganzen Schuld (d. h. Anweisung derselben) auf einen oder einzelne Theile erfolgen, wodurch die anderen Theile aus der Pfandhaft entlassen werden.

Das Zürcher Ges.B. lässt namentlich in den Instructionen, die es dem fertigenden Notar ertheilt, sehr deutlich die Tendenz erkennen, dieses Einzinserverhältniss, wenn irgend möglich, zu beseitigen und Liquidation herbeizuführen. Es gestattet auch jedem Einzinser, demselben jederzeit durch Abzahlung der ganzen Schuld ein Ende zu machen.

Was die Kantone anlangt, welche ihr Grundpfandrecht auf dem Gültsystem aufgebaut haben, oder bei denen wenigstens die Gültidee noch stark nachwirkt[44]), so finden wir zunächst die Einzinserei in Luzern, Uri, Schwyz und Unterwalden, in den drei Letzteren als gewohnheitsrechtliches Institut.

In Luzern ist durch Gesetz von 1871 eine sog. Einzinserkasse ins Leben gerufen worden, durch welche die Ablösung der Einzinserei erleichtert werden soll. Diese Kasse kauft die einzelnen Titel auf. Der Gläubiger hat die Wahl, im Falle der Zerstückelung eine Theilschuld anzunehmen oder, wenn er das nicht will, seinen Anspruch der Kasse zu verkaufen.

In Uri, Schwyz und Unterwalden verbindet sich mit der Einzinserei noch die sog. Uebergreifung (Uri) oder Ueber-

---

[44]) Vgl. Huber a. a. O. III S. 538 ff.

zeigung (Schwyz[45]), das sog. Ueberlangungsrecht, d. h. jeder Einzinser haftet in erster Linie für seinen Theil, subsidiär aber für etwaige Ausfälle, die der Gläubiger bei Realisirung der Theilforderungen erleidet.

Nach Zuger Recht kann eine Anweisung auf die einzelnen Theile mit Einwilligung des Gläubigers stattfinden. Ist das geschehen, so haftet das einzelne Trenngut für diese Theilschuld in erster Linie und das Stammgut, nämlich die nicht angewiesenen Theile, als sog. Ueberzeigung, die wir schon für Schwyz kennen gelernt haben.

Etwas Aehnliches, wie die Ueberzeigung, finden wir auch im schwedischen Recht.

Nach § 37 des citirten Gesetzes soll im Falle der Zerstückelung Anweisung von Theilschulden auf das einzelne Trenngut erfolgen unter fortdauernder subsidiärer Haftung der anderen Trenngüter für einen etwaigen Ausfall an dem einen derselben.

Appenzell schreibt in seinen Zedelgesetzen bei Zerstückelung Zerfallen der Gesammtschuld in Theilschulden vor. Die einzelnen Zedel (Grundpfandrechte) werden auf die einzelnen Theilgrundstücke verlegt (sog. Zedelverlegung).

Waadt und Freiburg geben dem Gläubiger einer lettre de rente (Gült) im Falle der Theilung des haftenden Grundstückes das Recht der sofortigen Kündigung. Ein solches Recht der Aufkündigung giebt auch das Berner Recht dem Gläubiger; macht er von demselben keinen Gebrauch, so haftet nach Berner Recht jedoch die ganze Schuld weiter.

Dieser kurzen Darstellung des gegenwärtigen schweizerischen Rechtszustandes bin ich im Falle einige Bemerkungen über die Regelung beifügen zu können, welche diese Frage im Theilentwurfe des schweizerischen Civilgesetzbuches er-

---

[45]) In Zug soll in nächster Zeit durch Gesetz diese Ueberzeigung beseitigt werden.

halten soll, in der das Hypothekenrecht zur Behandlung gelangt.

Dem Redacteur des Entwurfes, Herrn Prof. Dr. Eugen Huber, durch dessen Güte ich in den Besitz dieser Mittheilungen gelangt bin, spreche ich auch an dieser Stelle für seine freundliche Bereitwilligkeit verbindlichsten Dank aus.

Im demnächst bald erscheinenden Entwurfe soll das Gesammtgrundpfand principiell zugelassen werden. Für die Grundversicherung sollen in demselben in Berücksichtigung der historischen Entwickelung drei Formen geboten werden: eine Hypothek mit rein accessorischem Charakter unter der Form der Grundpfandverschreibung, die Gült als Reallast und der Schuldbrief, eine Reallast mit hinzutretender persönlicher Forderung.

Für die Grundpfandverschreibung wird keine Urkunde ausgestellt, wohl aber für die anderen Arten, der Schuldbrief und der Gültbrief mit dem Charakter eines leicht im Verkehr begebbaren Werthpapiers.

Für den Fall der Zerstückelung treten bei der Grundpfandverschreibung die gemeinrechtlichen Folgen ein, jeder Theil haftet für die gesammte Schuld.

Wird ein Grundstück, auf dem ein Schuldbrief oder eine Gült ruht, getheilt oder zerstückelt, so soll Schuldbrief und Gült von selbst in Theilschuldbriefe oder Theilgülten zerfallen. Die Anweisung auf die Theile ist Sache des Gläubigers. Der Gläubiger kann aber auch innerhalb Jahresfrist seit Kenntnissnahme von der Zerstückelung Ablösung der ganzen Forderung verlangen.

Diese Bestimmungen erscheinen uns in jeder Weise vortrefflich. Einerseits tragen sie der historischen Entwickelung und der wirthschaftlichen Gewohnheit in weitgehender Weise Rechnung, andererseits entsprechen sie auch durchaus den Anforderungen des modernen Verkehrs.

Die Correalhypothek in allen ihren Anwendungsarten und grossentheils auch mit allen gemeinrechtlichen Folgen finden wir, abgesehen von den bereits vorher erwähnten Rechts-

gebieten, in den meisten Ländern Deutschlands, im Geltungsbereich des französischen Code civil, so ausser in Frankreich in Baden, Rheinbayern, Rheinhessen, wie in den Rechten, denen der Code civil als Vorbild gedient hat, von Holland, Belgien, Portugal, Spanien und insbesondere den meisten romanischen Ländern, sowie in Oesterreich-Ungarn.

Werfen wir einen kurzen Blick auf die einzelnen hierher gehörigen Rechte.

Mit einigen Modificationen ist sie aufgenommen für Württemberg in § 98 des Pfandgesetzes von 1835, ebenso für Bayern im Hyp.-Ges. von 1822, § 147, auch kommt sie mit dem gemeinrechtlichen Charakter in Sachsen vor[46]), ebenso in Mecklenburg, ausser in der Schweriner ritterschaftlichen und Domanial-Hyp.-Ordnung, wo sie verboten ist[47]).

In Hessen ist die Einrichtung der von der gemeinrechtlichen in einigen Richtungen abweichenden Correalhypothek, wie bereits erwähnt, erleichtert dadurch, dass die Hypothekenbücher nach Personalfolien geführt werden, wodurch eine grosse Anzahl von Einträgen, wie sie die Realfolienordnung nöthig machen würde, erspart werden kann[48]).

Für Preussen verweisen wir auf den oben citirten § 42 des E.E.G. vom 5. Mai 1872. Die deutschen Gebiete, in denen ausser Preussen die preuss. Grundbuchgesetze in Geltung stehen, sind zusammengefasst in der Einleitung der Textausgabe dieser Gesetze von Fischer 1895.

Die ungarische Grundbuchordnung von 1853 und der § 15 des Gr.B.G. für Oesterreich von 1874, sowie der § 32 des D. B. G.B. sind auch bereits erörtert worden.

Der französische Code civil enthält keine directen Bestimmungen, aber die ungetheilte Mithaft der Trennstücke er-

---

[46]) Vgl. Siegmann, Sächs. Hyp.-R., S. 82.

[47]) v. Meibom S. 114.

[48]) Vgl. Best, Grundbuch- und Hyp.-R., 1896, I. Thl. S. 25 und II. Thl. S. 54.

giebt sich aus Art. 2114, welcher das Princip der Untheilbarkeit des Pfandrechts ausspricht, und aus Art. 2119, der das sog. droit de suite enthält, nämlich die Rechtsfolge statuirt, dass die Hypothek auf dem Grundstück haftet, gleichviel in welche Hände dieses gelangt.

Das Recht des Code civil gilt auch in Spanien (vgl. Lehr, Etudes sur le droit civil espagniol II, S. 299 ff.), in Portugal: Codigo civil 893, in Holland: Burgerlijk Wetboek 1209 bis 1213, und Belgien: loi sur la reforme du régime hypothécaire von 1851, Art. 41—46.

VII.

Das freie Wahlrecht.

Eine grosse Anzahl der angeführten Gesetzgebungen räumt dem Gläubiger, dem mehrere Grundstücke für dieselbe Forderung ungetheilt verpfändet sind, das freie Wahlrecht ein und auch in der Theorie wird die Nothwendigkeit desselben mit Nachdruck vertreten. Andere Gesetzgebungen schliessen dasselbe aus oder schränken es wenigstens ein, und auch in der Literatur fehlt es nicht an sehr gewichtigen Stimmen, die die Wahlfreiheit des Gläubigers mit grosser Entschiedenheit bekämpfen und namentlich auf die bedenklichen wirthschaftlichen Folgen derselben aufmerksam machen. Je nachdem man dieselbe annimmt oder zurückweist, sind Wesen und Wirkung der Gesammtverpfändung mehrerer Liegenschaften durchaus verschieden.

Nach der sog. Wahltheorie hängt es, wie bereits erwähnt, ganz vom Belieben des Gläubigers ab, auf welche Art er sich aus den zur Mithaft gestellten Grundstücken befriedigen will. Er kann alle zur verhältnissmässigen Deckung seiner Forderung heranziehen, er kann sich einzelne derselben herausgreifen und ebenso seinen Zugriff auf ein einziges beschränken.

Ebenso hat er auch das Recht, die Forderung in der Weise auf die einzelnen Grundstücke zu vertheilen, dass jedes

Grundstück nur für den zugetheilten Betrag haftet, wozu es aber eines besonderen Eintrags bedarf. Diese Befugniss finden wir ausdrücklich zugestanden im B. G.B. § 1132 Abs. 2, und das Gleiche ist auch für das österreichische Recht anzunehmen[49]).

Aus der Wahlfreiheit folgt im Weiteren regelmässig auch das Recht des Gläubigers, auf die einzelnen Zweighypotkeken zu verzichten. Darin, dass er eine der Zweighypotheken herausgreift und die anderen Grundstücke nicht in Anspruch nimmt, kann ein solcher stillschweigender Verzicht liegen. Allein diese Rechtsfolge ist nicht in allen Gesetzgebungen anerkannt. Nach bayer. Recht ist die einseitige Entlassung eines der mithaftenden Grundstücke aus der Pfandhaftung unstatthaft. Es bedarf dazu der Einwilligung sowohl der Nachhypothekare als der Eigenthümer der übrigen correaliter haftenden Grundstücke[50]).

Das schwedische Recht knüpft an die Entlassung und den Verzicht auf eine Zweighypothek die Wirkung, dass subsidiäre Haftung der übrigen Grundstücke, die sonst für den Ausfall, den der Gläubiger an einem derselben erleiden sollte, besteht, aufgehoben wird[51]).

Nach dem B. G.B. § 1175 erlischt die Hypothek an dem betreffenden Grundstück, wodurch die Haftung der übrigen eine intensivere wird. Verzichtet der Gläubiger auf alle Zweighypotheken, so fällt nach der Bestimmung des nämlichen Paragraphen, entsprechend der im B. G.B. vertretenen Auffassung der Hypothek, die Gesammthypothek sämmtlichen Eigenthümern als Gesammteigenthümerhypothek zu, die sie entweder als solche behalten oder eine reale Auftheilung bewirken können.

Dieses Recht des Gläubigers, sich bei Ausübung seines

---

[49]) Vgl. Exner a. a. O. S. 322.

[50]) Vgl. Regelsberger, Bayr. Hyp.-R., S. 267.

[51]) Cit. schwedisches Ges. § 35.

Gesammtpfandrechts lediglich von seinen Interessen leiten zu lassen, wird von Exner als der Hauptzweck desselben bezeichnet. Die Correalhypothek würde ihren Hauptzweck verfehlen, wenn hier dem Gläubiger ein Zwang auferlegt würde. Derselbe müsste eventuell mehrere Processe führen, wo ein einziger genügt, er wäre in seiner Freiheit beschränkt gegenüber dritten Personen, mit denen er in keinem Rechtsverhältniss steht [52]). Die Motive zum Entw. I des B. G.B. [53]) betonen in gleicher Weise, dass der Gläubiger Niemandem eine Einsicht in seine Interessen schuldet, und weisen eine Beschränkung der Wahlfreiheit von der Hand, weil dadurch die Kreditfähigkeit kleinerer Grundstücke erheblich abgeschwächt würde. Dieselben stützen sich auf das weitere Argument, dass jeder Grundstückseigenthümer sich bei der Begründung der Gesammthypothek sehr wohl klar darüber sein müsste, dass er sich der Gefahr aussetze, eine Haftung bis zum ganzen Betrage der Forderung zu übernehmen. Dem gegenüber mag zunächst zugegeben werden, dass das Interesse des Gläubigers hier im Vordergrund steht. Aber die Wahlfreiheit giebt ihm die Möglichkeit an die Hand, auch ohne ein eigentliches Interesse lediglich zu Chikanen seine Wahl zu treffen, und eine derartige Ausübung eines Rechts sollte schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ausgeschlossen sein. Diese rücksichtslose Verfolgung der eigenen Interessen schädigt einerseits wirthschaftlich sehr erhebliche Interessen anderer Personen, andererseits muss man sich fragen, ob diese angeblichen Interessen, die der Gläubiger durch die Ausübung seines freien Wahlrechts zu realisiren sucht, berechtigte Interessen sind, die aus seinem Pfandrecht sich ergeben, oder aber ob dieselben nicht schon ausserhalb der Grenze desjenigen liegen, was er auf Grund seines Pfandrechtes zu beanspruchen befugt ist.

Auch die Vertreter der absoluten Wahlfreiheit geben zu,

---

[52]) Exner a. a. O. S. 307 ff.

[53]) Motive III S. 685 u. 686.

dass durch dieselbe ein Eingriff in fremde Interessen möglich ist, so Exner[54]).

Hier ist ein Punkt, wo das Legalitätsprincip einzugreifen hat, um zu verhindern, dass durch die einseitige Berücksichtigung bloss der Interessen des Gläubigers die Correalhypothek für gewisse Betheiligte den Charakter eines Lotteriegeschäftes annimmt.

Auf diese speciell wirthschaftlichen Gefahren, die meistens viel zu leicht genommen werden, ist schon bei den Kammerverhandlungen anlässlich der Berathung der preussischen Grundbuchgesetze hingewiesen worden. In neuerer Zeit sind sie in eben so scharfer wie treffender Weise von Dernburg[55]) in das richtige Licht gesetzt worden, und auch Hachenburg[56]) hat in seinen Beiträgen diese wirthschaftliche Seite der Frage zur hauptsächlichen Grundlage seiner Erörterungen gemacht.

Bei näherer Betrachtung ergiebt sich, dass das freie Wahlrecht in der Hand des Gläubigers zu einer sehr gefährlichen Waffe werden kann, mit der er den Kredit, ja die wirthschaftliche Existenz anderer Personen möglicherweise vollständig zu vernichten in den Stand gesetzt wird, und dass ihm dadurch die Möglichkeit in die Hand gegeben ist, für sich selbst Vortheile aus der Correalhypothek zu ziehen, die ihm in keiner Weise zukommen. Die hier in Frage kommenden Personen, welche die wirthschaftlichen Opfer des Gläubigers werden können, sind die einzelnen Eigenthümer der zur Mithaft gestellten Grundstücke, die Hypothekengläubiger, die nach der Correalhypothek auf die einzelnen Grundstücke eingetragen sind und ferner auch die chirographarischen Gläubiger der einzelnen Grundstückseigenthümer.

---

[54]) Exner a. a. O. S. 308.

[55]) Vgl. Dernburg, Preuss. Hyp.-R., II S. 179 ff.

[56]) Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- u. Grundbuch-R. des E. e. B. G.B. f. d. D. R., 1895, S. 131 ff.

Diese Interessen können möglicherweise mit denen des Gläubigers, aber auch unter sich collidiren; und dadurch, dass man das angebliche Interesse des Gläubigers vorgehen lässt, können wirthschaftliche Uebelstände der schwersten Art hervorgebracht werden.

VIII.

Wirthschaftliche Uebelstände derselben.

Bei der Betrachtung dieser wirthschaftlichen Uebelstände fassen wir zuerst die Rechtsstellung der einzelnen Eigenthümer der zur Correalhypothek gestellten Grundstücke ins Auge. Zunächst muss constatirt werden, dass die wirthschaftlichen Verhältnisse dieser Personen durch den blossen Umstand, dass eine Gesammthypothek auf ihren Grundstücken lastet, sich wesentlich verschlechtern. Nehmen wir an, es seien die drei Güter A, B und C, jedes im Verkaufswerth von 3000, correaliter für eine Forderung von 3000 verpfändet. Der Eigenthümer eines dieser Grundstücke wäre im Falle, ein Darlehen von 500 gegen Hypothek aufnehmen zu wollen. Da vermöge seines freien Wahlrechts der Gläubiger sich aus diesem Gute so gut wie aus den anderen befriedigen kann und daher möglicherweise bei der Execution der Gesammtwerth gerade dieses Gutes von ihm in Anspruch genommen wird, so wird es schwierig für den Eigenthümer sein, den gewünschten Kredit zu finden, und wenn er ihn findet, wird er vielleicht recht harte Bedingungen annehmen müssen, da das Geschäft für den Darlehensgeber ein riskirtes ist. Der Einzige, der in aller Sicherheit diesen Kredit gewähren könnte, ist der Correalgläubiger selbst, der für diesen Fall seinen Zugriff auf ein anderes Grundstück richten würde. Und die Möglichkeit ist wenigstens nicht ausgeschlossen, dass dieser, wenn er den Kredit gewährt, die Nothlage des Eigenthümers ausbeutet.

Ja, der Eigenthümer wird noch froh sein, die unter Um-

ständen recht harten Bedingungen des Correalgläubigers anzunehmen, da er sonst gar keinen Kredit erhalten könnte oder dem Wucher in die Arme getrieben würde.

Das freie Wahlrecht giebt die Handhabe zu allerhand unlauteren und höchst zweifelhaften Geschäften, bei denen der Gläubiger direct oder indirect betheiligt sein kann. So ist z. B. folgender Fall ganz gut denkbar. Die zwei Grundstücke des A und B, jedes von einem Verkaufswerth von 10,000, haften dem Gläubiger X correaliter für eine Forderung von 8000. A und X verbinden sich mit Y in der Absicht, alle drei auf Kosten des B Vortheil zu ziehen. Y kauft zu diesem Zwecke dem A sein Grundstück für 14,000 ab und übernimmt die Hypothek auf den Kaufpreis, so dass A 6000 erhält. Hierauf befriedigt er den X, dem er 9000 zahlt, und lässt sich von diesem dessen Rechte abtreten und zieht von B die 8000 ein. A hat hier einen Gewinn von 4000, X von 1000 und Y von 3000, denn das Grundstück kostet ihn in Wirklichkeit nur 7000. Er hat theilweise mit dem Gelde des B gekauft, der allein den ganzen Schaden hat.

Unter der Herrschaft des B. G.B. wird allerdings eine solche Speculation nicht mehr möglich sein. Denn nach § 1173 steht der Fall der Uebertragung des Gläubigerrechts an den Eigenthümer eines der Grundstücke der Befriedigung des Gläubigers durch denselben gleich. Es tritt die regelmässige Wirkung ein: Y behält die auf den Kaufpreis übernommene Hypothek als Eigenthümerhypothek und die Hypotheken an den anderen Grundstücken erlöschen.

Das ganze Interesse jedes Eigenthümers der in Mithaft gezogenen Grundstücke concentrirt sich darauf, dass nicht er, sondern einer der übrigen durch den Zugriff des Gläubigers getroffen werde. Und dieses Interesse wird ihn leicht dazu verführen, dass er den Gläubiger gegen Gewährung von besonderen Vortheilen zu bestimmen versucht, von seiner Person abzusehen und sich an die anderen zu halten. Geht der Gläubiger hierauf ein, so wird er dadurch einen Gewinn er-

zielen, für den er kein Aequivalent entrichtet hat und der weit über den eigentlichen Sicherungszweck der Hypothek hinausgeht. Das freie Wahlrecht, ohne welches die Correalhypothek ihren Hauptzweck verfehlen würde, führt also hier zu nichts Anderem, als zu einer ganz ungerechtfertigten Ausbeutung des Schuldners.

Nicht viel besser wie die Eigenthümer der mithaftenden Grundstücke stehen möglicherweise die auf diesem Grundstücke eingetragenen Nachhypothekare. Setzen wir den Fall, dass in dem vorher angegebenen Beispiele auf dem Grundstücke A, welches einen Kaufwerth von 3000 hat, nach der Correalhypothek von 3000 eine Hypothek im Betrage von 1000 eingetragen ist. Fällt der Zugriff des Correalhypothekengläubigers auf dieses Grundstück, so ist die Nachhypothek werthlos; vollen Werth hat sie, wenn jener eines oder die beiden anderen Güter herausgreift oder auch den Betrag der Correalhypothek auf alle gleichmässig vertheilt. Auch hier ist das Interesse des Nachhypothekars darauf gerichtet, den Gläubiger zu bestimmen, das Grundstück, auf dem er versichert ist, von seinem Zugriffe zu verschonen. Und der Gläubiger kann sich auch hier diese Gefälligkeit unter Umständen theuer bezahlen lassen. Der Gläubiger kann aber auch, wenn er die nöthigen Gelder disponibel hat, selbst diese Nachhypothek kaufen. Und da es in seiner Hand liegt, dieselbe zu einer werthlosen oder vollwerthigen zu machen, so wird er sie um billigen Preis erwerben können. Befriedigt er sich hierauf aus den anderen Grundstücken, so erhält sie ihren vollen Normalwerth, denn die Correalhypothek erlischt an diesem Grundstück und die Nachhypothek rückt auf.

Gerade gegen dieses Aufrücken der Nachhypothekare könnten aber auch wiederum Bedenken vom wirthschaftlichen Gesichtspunkt erhoben werden. Da die Stellung der Nachhypothekare, wenn vor ihnen ein Gesammtpfandrecht zum Eintrag kam, eine mehr oder weniger prekäre ist, so werden sie regelmässig wohl das eventuelle Risiko, welches sie ein-

gehen, bei Begründung solcher Hypotheken mit in Betracht ziehen. Der Grundeigenthümer wird ihnen hierfür ein Aequivalent, z. B. in der Form höherer Zinsen, zu leisten haben. Rücken sie durch den Fortfall der vorstehenden Posten auf, so erlangen sie einen unberechtigten Vortheil auf Kosten des Eigenthümers, der nunmehr die besseren Werthstellen seines Grundstücks nicht mehr so verwerthen kann, wie dies den richtigen wirthschaftlichen Grundsätzen entsprechen würde.

Auch das B. G.B., nach dessen Theorie jede Hypothek in erster Linie als Eigenthümerhypothek gedacht ist (§ 1163) und in welchem dieser Auffassung entsprechend das Princip der festen Pfandstellen angenommen ist, durchbricht dieses Princip zu Gunsten der Nachhypothekare (§ 1173) und lässt dieselben aufrücken.

Dass auch die chirographarischen Gläubiger des Eigenthümers einer mithaftenden Liegenschaft durch das willkürliche Wahlrecht des Gesammtgläubigers schwer geschädigt werden können, bedarf nach den vorstehenden Ausführungen kaum mehr der Erwähnung. Auch ihre Interessen werden sie dazu drängen, mit dem Gläubiger in ähnlicher Weise zu pactiren wie die vorgenannten Personen.

Ganz anders stellt sich gegenüber diesen Opfern der Ausbeutung, wenn das rücksichtslose Wahlrecht anerkannt ist, der Gläubiger. Für ihn ist nach allen Richtungen hin gesorgt. Und die Correalhypothek bietet ihm sogar, ausser der Sicherheit für seine Forderung, noch andere exorbitante Vortheile, welche ihm ohne Gegenleistung in den Schooss fallen. Es ist ihm ein weiter Spielraum zum Abschluss aller vorher geschilderten, äusserst bedenklichen Geschäfte gewährt — zu diesem Marchandiren, wie es im preussischen Abgeordnetenhause anlässlich der Berathung der Grundbuchgesetze treffend charakterisirt worden ist[57]).

In einigen modernen Rechten werden die äussersten Con-

---

[57]) Vgl. Dernburg a. a. O. II S. 172.

sequenzen der Wahlfreiheit des Gläubigers gezogen, indem demselben die Befugniss ertheilt wird, dieselbe bis in die Vollstreckungsinstanz geltend zu machen.

Nach der Allgem. Ger.O. bestand zwar früher in Preussen die Vorschrift, dass die verschiedenen Kaufschillinge nur verhältnissmässig nach Werthrelation der Grundstücke zur Befriedigung des Gläubigers herangezogen werden durften, und diese Bestimmung ging auch in die Konk.O. v. 1855 § 56 über und wurde von der Praxis auch ausserhalb des Konkurses angewendet[58]).

Dieselben sind aber durch die Konkursnovelle von 1869 beseitigt, welche vorschreibt, dass, wenn der Gläubiger aus dem Kaufgelde eines der mithaftenden Grundstücke Befriedigung erhalten habe, die Correalhypothek an den andern erlischt und deren Löschung von Amtswegen zu bewirken ist. An diesem Rechtszustand hat auch das preuss. Ges. über die Zw.-Vollstr. in das unbewegliche Vermögen v. 13. Juli 1883 § 204 nichts Wesentliches geändert; und dieser Standpunkt ist auch für das Reichsrecht vorbildlich geworden.

Nach § 164 des Entwurfs eines Gesetzes über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen soll, wenn mehrere mithaftende Grundstücke in demselben Verfahren versteigert worden sind, in den Theilungsplan jedes nach Werthverhältniss zum Beitrag herangezogen werden. Dies gilt aber nur, insofern nicht der Betheiligte in anderer Weise befriedigt zu werden verlangt. Dieselben Bestimmungen sind inhaltlich unverändert in den § 122 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung v. 24. März 1897 übergegangen.

Die Motive zum Entwurfe[59]) weisen eine Einschränkung dieses freien Wahlrechts aus Billigkeitsrücksichten für den

---

[58]) Vgl. Motive zum Entwurf eines Gesetzes über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen 1889, S. 297, ad § 164.

[59]) Motive S. 298 ff.

Fall, dass der Gläubiger durch Heranziehung des Baarerlöses aus den einzelnen Grundstücken befriedigt werden könne, energisch von der Hand. Die Möglichkeit des Missbrauches des Wahlrechtes zum Schaden nachstehender Gläubiger sei allerdings nicht ausgeschlossen, allein auf der anderen Seite darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass der Gläubiger sehr wohl ein berechtigtes Interesse daran haben kann, in Ausübung des ihm zustehenden Rechtes sich auch an den Erlös des einen oder des anderen Grundstückes zu halten; z. B. wenn er selbst auf dem einen Grundstück eine Hypothek gerade mit Rücksicht auf das Recht, wegen der vorgehenden Correalhypothek aus dem anderen Grundstück Befriedigung zu verlangen, erworben, oder wenn er gegenüber einem Nachhypothekar oder dem Eigenthümer eines anderen Grundstücks sich verpflichtet hat, zunächst aus dem anderen Grundstück seine Befriedigung zu suchen.

Der Gesetzgeber müsse davon ausgehen, dass der Gläubiger durch ein berechtigtes Interesse geleitet wird. Die Fälle, wo diese Voraussetzung nicht zutrifft, sind selten, und ein durchgreifender Schutz würde hier auch nicht gewährt, wenn die verhältnissmässige Heranziehung aller Grundstücke als alleinige Regel aufgestellt würde.

Die Motive sprechen hier von berechtigten Interessen und in Wirklichkeit handelt es sich um solche Fälle, in denen der Gläubiger seine Wahlfreiheit dazu missbrauchen kann, Geschäfte von höchst bedenklicher und sehr zweifelhafter Natur abzuschliessen [60]), die darauf abzielen, den Grundeigenthümer wirthschaftlich schwer zu schädigen, seinen Kredit zu unterbinden und andererseits dem Gläubiger Vortheile zu verschaffen, die weit über den Sicherungszweck der Hypothek hinausgehen. Zu diesen bietet das Gesetz selbst die Hand. Man denkt hier unwillkürlich an das Wort: Fiat justitia, pereat mundus.

---

[60]) Vgl. auch die scharfe, aber sehr richtige Kritik dieser Gesetzesbestimmung bei Hachenburg a. a. O. S. 131.

Ausgeschlossen ist eine solche Erstreckung des freien Wahlrechts in die Executionsinstanz hinein im bayer. Rechte. Das folgt daraus, dass dort der einseitige Verzicht nicht statthaft ist [61]). In dem Zugriffe auf ein einziges Grundstück kann aber der Verzicht auf die Hypothek an den anderen liegen. Ueber die Beschränkungen, der Ausübung des Wahlrechts, die nach anderen Rechten in der Executionsinstanz aus Billigkeitsgründen Platz greift, wie z. B. in Württemberg, ist in anderem Zusammenhang weiter unten zu sprechen.

Dass der Gläubiger nur zu geneigt sein wird, die Vortheile, in die ihn sein freies Wahlrecht versetzt, so weit wie möglich auszubeuten, erscheint begreiflich.

So ist in der Praxis die Frage zur Entscheidung gekommen, ob der Correalhypothekengläubiger die Priorität einer Zweighypothek einer auf diesem Grundstück eingetragenen Nachhypothek abtreten und für die Correalhypothek gleichwohl aus einem anderen der mithaftenden Grundstücke Befriedigung verlangen kann. Das Reichsgericht hat diese Frage verneint und sehr mit Recht diese Entscheidung damit motivirt, dass er durch die Prioritätsabtretung über die Correalhypothek verfügt habe. Mehrere Commentatoren der preuss. Grundbuchgesetze, wie Turnau und Oberneck, dagegen wollen ihm dieses Recht zugestehen [62]).

Im Sinne des Reichsgerichtes ist diese Frage gesetzlich entschieden im schwedischen Recht. Der § 35 des citirten Gesetzes setzt fest, dass, im Falle der Correalgläubiger einer Nachhypothek den Rang seiner Correalhypothek an diesem Grundstück abgetreten hat, er für den etwaigen Ausfall, den er an diesem Grundstück erfährt, nicht die anderen zur subsidiären Haftung heranziehen kann.

Schliesslich mag noch auf eine eigenthümliche Erscheinung des englischen Rechtes hingewiesen werden, das sog.

---

[61]) Vgl. Regelsberger, Bayr. Hyp. S. 267.

[62]) Vgl. Dernburg a. a. O. II S. 186.

power of tacking (Hinzuschlagungsrecht[63]). Der Grundpfandgläubiger (mortgagee), der beispielsweise auf Grund erster Hypothek in das Grundstück eingewiesen ist, kauft demjenigen, der auf diese Güter dritte Hypothek hat, diese ab. Dann kann er den ganzen Werth des Grundstückes sowohl zur Befriedigung der ersten wie der dritten Hypothek ausnützen, und zwar unter Zurückdrängung des zweiten Pfandgläubigers. Uns interessirt dieses power of tacking speciell, weil es auch bei der sog. consolidation of securities vom Gläubiger verwendet werden kann. Die mehreren Grundstücke können unter den gegebenen Voraussetzungen, unter Zurückdrängung des zweiten Pfandgläubigers, beliebig zur Befriedigung herangezogen werden.

Die Aufzählung dieser aus der Correalhypothek möglicherweise sich ergebenden wirthschaftlichen Uebelstände, bei deren Schilderung wir in vielen Punkten der vortrefflichen Darstellung von Dernburg gefolgt sind, entrollt uns ein sehr ernstes Bild. Sie zeigt uns sociale Schäden, die der Gesetzgeber nicht verantworten darf.

Die Frage drängt sich einem unwillkürlich auf, ob es nicht besser wäre, dieses wirthschaftlich so gefährliche freie Wahlrecht überhaupt zu beseitigen. Hierbei ist aber zunächst zu bedenken, dass Gewaltmassregeln im Allgemeinen dem Gesetzgeber nicht zu empfehlen sind. Soviel scheint uns sicher zu sein, dass die Einführung der Correalhypothek mitsammt dem Wahlrecht für Rechtsgebiete, die sie bisher nicht kannten, nicht von Segen wäre. Wo aber die wirthschaftlichen Bedürfnisse und Gewohnheiten die Beibehaltung derselben verlangen, wäre es ebenso verkehrt, sie auszurotten. Hier fällt vielmehr dem Gesetzgeber die Aufgabe zu, Cautelen zu schaffen, durch welche die Gefahren des freien Wahlrechts beseitigt oder, wenn dies nicht möglich ist, doch erheblich abgeschwächt werden.

---

[63]) Vgl. Williams a. a. O. S. 423 u. 425.

Die Lösung dieser Aufgabe kann in zweifacher Richtung versucht werden. Entweder entschliesst man sich, die Wahlfreiheit einzuschränken, oder man behält zwar die Wahlfreiheit bei, sucht aber die Interessencollisionen, die sie hervorruft, auszugleichen. Die Interessen der Gläubiger collidiren, wie bereits erwähnt, mit denen der verschiedenen Eigenthümer, die bei normaler Sachlage nur verhältnissmässig beizutragen hätten. Die Interessen des Gläubigers collidiren im Weiteren mit denen der Nachhypothekare und auch mit denjenigen der chirographarischen Gläubiger der einzelnen Gutseigenthümer, und es collidiren endlich die Interessen der Grundstückseigenthümer unter einander. Diese Collision kann dadurch beseitigt werden, dass der allein in Anspruch genommene Eigenthümer ein Rückgriffsrecht gegen die verschiedenen ausüben kann und dass man die anderen in Mitleidenschaft gezogenen Personen an diesem Ausgleich theilnehmen lässt.

Ein solches Regressrecht kann selbstverständlich ausserhalb der Hypothek begründet sein, z. B. dadurch, dass die Eigenthümer der zur Gesammthaft gestellten Grundstücke, im Societätsverhältniss zu einander stehen, oder dasselbe vertraglich ausbedungen worden ist. Aber das genügt nicht, es sollte gesetzlich überhaupt aus Billigkeitsgründen unter allen Umständen gewährt sein. Je nachdem nun ein solcher Ausgleich durch das Gesetz vorgesehen ist oder nicht, kann man von einer gesellschaftlichen oder einer regresslosen Gesammthypothek sprechen [64].

IX.

Die Gesetzgebungen, die dasselbe unbeschränkt zulassen.

Wenn wir den Stand der Gesetzgebung prüfen, so können wir dieselbe in drei Gruppen eintheilen. Eine Anzahl moderner Rechte weist keinerlei oder nur sehr mangelhafte Be-

[64]) So Dernburg a. a. O. II S. 171.

stimmungen auf, um irgend eine Remedur für die erwähnten wirthschaftlichen Uebelstände zu schaffen; andere haben das Wahlrecht zu beschränken gesucht und eine dritte Kategorie sucht Abhülfe zu gewähren dadurch, dass sie eine Ausgleichung, aber gewöhnlich erst in der Vollstreckungsinstanz, anstrebt.

Zu der ersten Gruppe gehört das französische Recht in seinen verschiedenen Anwendungsgebieten und dessen Tochterrechte. Es erklärt sich daher von selbst, dass gerade im südwestlichen Deutschland die Klagen über Missbräuche am lautesten sind.

In dieselbe Klasse gehört auch das preuss. Recht, das sich darauf beschränkt, für den Fall der Befriedigung des Gläubigers aus einem Grundstück die Hypotheken an den anderen erlöschen zu lassen, E.E.G. § 42, Abs. 2.

Und den gleichen Spuren ist auch der I. Entwurf des B. G.B. gefolgt. In § 1078 ist einfach die Gesammthypothek mit freiem Wahlrecht vorgesehen und jede weitere Regelung unterlassen. Charakteristisch sind die Motive. Jeder Eigenthümer des Grundstückes, welches in Mithaft genommen ist, so wird dort ausgeführt, müsste sich von vornherein darüber klar sein, dass der Zugriff ihn treffen könne [65]).

Eine praktisch durchführbare und angemessene Ausgleichungsweise sei schwer zu finden. Alle bisherigen derartigen Versuche seien mehr oder weniger willkürlich und die Gesetzgebung thäte genug, wenn sie den Eigenthümern kleiner Grundstücke die Ausnützung des Realkredites durch Zulassung der Correalhypothek ermögliche. Sie hat aber keine Veranlassung, auf Kosten der Einfachheit des Rechtes und des Verfahrens die mit einer Correalhypothek belasteten Parzellen noch als weiteres Object des Realkredites besonders in Betracht zu ziehen.

Und wenn in dieser oder jener Gegend die Neigung

---

[65]) Motive III S. 686.

hervortritt, einzelne Grundstücke erst in Gemeinschaft mit anderen, dann jedes für sich und schliesslich vielleicht noch in einer zweiten oder dritten Combination zu verpfänden, so ist es gewiss nicht rathsam, einer solchen Richtung zur Verwirrung der Verhältnisse Vorschub zu leisten[66]).

Welche Behandlung die Ausgleichsfrage im Entwurfe II und im B. G.B. selbst gefunden hat, ist weiter unten zu erörtern.

Den Ausführungen der Motive[67]) mag ein treffendes Wort von Dernburg[68]) entgegengehalten werden. „Einfachheit des Rechts," sagt derselbe, „ist gewiss ein grosser Vorzug, aber nur ein formeller. Sie kann unmöglich das letzte Ziel der Gesetzgebung sein. Die erste Rücksicht muss für den Gesetzgeber sein, das Wohlbefinden der Nation, die Gesundheit der socialen Verhältnisse zu fördern und materielle Gerechtigkeit zu verwirklichen."

X.

Rechte, die dasselbe einschränken.

Bei der Erörterung derjenigen Rechte, die das Wahlrecht beschränkt haben, können wir uns kurz fassen und vielfach auf bereits Gesagtes verweisen.

Das bayerische Recht gewährt principielle Wahlfreiheit[69]), aber schränkt dieselbe mit Rücksicht auf den Verzicht des Gläubigers auf einzelne Zweighypotheken ein und lässt es auch nicht bis in die Vollstreckungsinstanz fortdauern. Für das englische Recht gilt als Regel die Vertheilung der Schuld auf die einzelnen Grundstücke nach Werthrelation. Das freie Wahlrecht kommt ausnahmsweise nur im Falle der sog. consolidation of securities vor.

---

[66]) Motive III S. 686 ff.

[67]) Vgl. auch die zutreffende Kritik der Motive bei Hachenburg a. a. O. S. 125.

[68]) Dernburg a. a. O. S. 189.

[69]) Regelsberger a. a. O. S. 261.

Auch der russische Swod lässt nach § 1644 regelmässig nur die Heranziehung der einzelnen Grundstücke nach Verhältniss ihres Werthes zu. Diese Regelung soll aber nur eintreten, wenn daraus für den Gläubiger kein Schaden erwächst, und daraus kann man wohl folgern, dass, wenn der Erlös dieses betreffenden Grundstückes den darauf fallenden Anspruch nicht deckt, die anderen in subsidium zur Haftung herangezogen werden können.

Das gleiche Princip gilt nach schwedischem Recht (cit. Ges. § 32), die subsidiäre Haftung ist in § 34 ausgesprochen. Diese Bestimmungen sind in allen diesen Rechten dispositiver Natur, durch Parteivereinbarung kann eine andere Regelung ausgemacht sein.

Eine solche subsidiäre Heranziehung zur Haftung finden wir auch in der Ueberzeigung, Ueberlangung und dem Uebergreifen des schweizerischen Rechts.

In den schweizerischen Kantonen, in denen das Grundversicherungsrecht auf der Gültgrundlage ruht, wird trotz Mangels eines directen Verbotes aus praktischen Gründen eine etwaige Correalgült kaum Boden finden. Es bestehen in den Gültkantonen allerorts Schatzungsvorschriften [70]), wonach regelmässig über einen bestimmten Bruchtheil des durch amtliche Schätzung festgestellten Werthes hinaus überhaupt keine Gülten errichtet werden. Der Fall einer Correalverpfändung für eine Forderung, deren Betrag den Werth eines der mithaftenden Grundstücke übersteigt, ist in diesem Sinne hier undenkbar.

Aber auch wenn diese Voraussetzung nicht zutrifft, wenn etwa der Betrag der correal zu versichernden Summe nicht die Belastungsgrenze der einzelnen Liegenschaften überschreitet, wird ein solches Geschäft kaum praktisch werden. In einer Reihe dieser Kantone bildet die Ausfertigung einer Urkunde, die Formalcharakter und die Function eines Werth-

---

[70]) Vgl. Huber a. a. O. III S. 489 ff.

papieres hat, den eigentlichen Begründungsact der Gült, neben dem die Eintragung zu bloss beurkundender Bedeutung herabsinken kann. Auf die Urkunde allein kommt es an, der Inhaber derselben ist legitimirt, Zahlung zu fordern. Derjenige, der für die gleiche Forderung eine Reihe von Gülten in Höhe des Schuldbetrages fertigen lässt, läuft Gefahr, allen Inhabern den ganzen Betrag zahlen, also denselben mehrmals entrichten zu müssen, und dieser Gefahr wird er sich selbst kaum freiwillig aussetzen.

Wenn im Huber'schen Entwurf daher das Gesammtgrundpfand principiell gestattet sein soll, so wird dasselbe praktisch auf die Kategorie der Grundpfandverschreibung, bei der die Forderung nicht unter den öffentlichen Glauben gestellt ist, und die nur durch Eintrag ohne Aushändigung einer Urkunde begründet wird, beschränkt bleiben.

Ueber diejenigen Gesetzgebungen, die das Wahlrecht nicht von vornherein, sondern erst in der Executionsinstanz einschränken, werden wir bei Erörterung der Ausgleichsfrage zurückzukommen haben.

Zunächst mag nur festgestellt werden, dass die Motive zum Zwangsvollstreckungsgesetz[71]) jedenfalls zu weit gehen, wenn sie die Wahlfreiheit als unerlässlich für den Realkredit ansehen. Die angeführten Rechte, deren Bestimmungen nichts weniger als irrationell sind, zeigen das Gegentheil.

XI.

Ausgleichungsfrage.

Es mag zugegeben werden, dass es Fälle giebt, in denen nicht wohl auf das freie Wahlrecht verzichtet werden kann. Auch die angeführten Gesetzgebungen, welche dasselbe principiell ausschliessen, haben die Möglichkeit der Vereinbarung

---

[71]) Motive zum Entw. eines Ges. betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen S. 299.

desselben für den einzelnen Fall vorgesehen. Wo aber die Wahlfreiheit besteht, da muss jedenfalls als Correlat zu derselben eine Ausgleichung geschaffen werden. Dem allein in Anspruch Genommenen müsste jedenfalls ein Regressanspruch gegen die vom Zugriff Verschonten zustehen. Dieselben Rechte müssten auch den anderen Personen, die dadurch zu unverdientem Schaden kommen, zugestanden werden. Die Verweisung auf vertragliche Begründung eines solchen genügt nicht. Ob aber ein solcher Anspruch überhaupt vom Gesetz anzuerkennen sei, darüber gehen weder Gesetzgebung noch Theorie einig. Auf der einen Seite sehr entschieden bekämpft, wird die Ausgleichungsidee auf der anderen Seite lebhaft vertheidigt und aus Gründen der Billigkeit verlangt. Was nun die Einwendungen anbetrifft, die gegen dieselbe erhoben werden, so zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass dieselben entweder formaler Natur sind oder polemisirend gegen die Art, wie die Ausgleichungsfrage in einzelnen Gesetzgebungen gelöst worden ist, vorgehen.

Die letzteren beachten nicht den Kernpunkt der Frage selbst, sondern nur ihre Durchführung. Und hier muss ohne Weiteres zugestanden werden, dass diese Lösungsversuche nicht immer glückliche und zweckentsprechende sind. Es darf auch nicht verkannt werden, dass die Verwirklichung technisch und praktisch grosse Schwierigkeiten darbietet[72]), und dass vielleicht gerade aus diesem Grunde bisher das Richtige noch nicht getroffen worden ist. Aber dadurch ist die Möglichkeit einer befriedigenden Lösung nicht ausgeschlossen.

Ebensowenig stichhaltig sind die Argumente, die vom rein formalen Standpunkt ins Feld geführt werden. Die Gesetzgebung soll nicht nur formal richtig sein, sondern auch ihrer socialen Aufgabe gerecht werden.

Das Problem aber, dem hier die Gesetzgebung näher zu treten hat, ist von fast vorwiegend socialer Bedeutung. Es

---

[72]) Exner a. a. O. S. 309.

handelt sich um gedeihliche Ausbildung und Förderung des Realkredits. Und das kann nur ermöglicht werden, wenn der Vergewaltigung der dem Correalpfand gegenüberstehenden Personen, welche durch die rücksichtslose Rechtsausübung des Gläubigers möglich ist, ein kräftiger Riegel vorgeschoben wird. Hier tritt der formale Gesichtspunkt zurück und die Billigkeit in den Vordergrund, um wirthschaftliche Uebelstände zu beseitigen. Die Einführung und Ausgestaltung der sog. gesellschaftlichen Gesammthypothek ist aber ein solches Gebot der Billigkeit.

Welcher Art daher auch im Einzelnen die gegen dieselbe vorgebrachten Gründe sein mögen, die Idee selbst ist eine lebendige, der Entwickelung fähige und wird schliesslich den Sieg davontragen. Sie findet schon jetzt eine starke Stütze in der Gesetzgebung und gewichtige Vertreter in der Literatur.

So postulirt die Ausgleichung zu Gunsten der Nachhypothekare aus Billigkeitsgründen Ihering in seinem Aufsatz „Ueber die Reflexwirkungen der Rechte“ [73]) und macht hierbei geltend, dass die Idee selbst den Anschauungen des römischen Rechts keineswegs widerspricht, wenn auch keine Pandektenstellen hier zur Verfügung stehen.

Dass Dernburg die Ausgleichung in warmer Weise befürwortet, entspricht nur seiner sonstigen Tendenz, die wirthschaftliche Seite der Hypothek stets in den Vordergrund zu stellen.

In neuester Zeit haben in eindringlicher Weise der Ausgleichung das Wort geredet Hachenburg [74]) und Best [75]). Dernburg weist darauf hin, dass das gemeine Konkursrecht diesen Gedanken aufgenommen habe [76]). Der Ausgleich ist absolut geboten. Denn die verschiedenen Betheiligten bilden eine thatsächliche Interessengemeinschaft. Aufgabe der Gesetz-

---

[73]) Jahrb. für Dogm. X. S. 329; Dernburg a. a. O. II S. 24.

[74]) Hachenburg a. a. O.

[75]) Best a. a. O. I S. 55.

[76]) A. a. O. S. 172.

gebung wäre es, diese thatsächliche Gemeinschaft zu einer rechtlichen auszugestalten, wie dies längst im Seerecht für die grosse Havarei gilt [77]).

Auf dieser Voraussetzung einer Gemeinschaft fusst die sog. Societätstheorie oder Societätsregel, die schon in der älteren Literatur ihre Vertreter in Gönner und Kopetzki gefunden hat.

Diese Gemeinschaft ist natürlich nicht im Sinne einer Societät zu denken; die verschiedenen in Frage kommenden Personen stehen an sich in keinem obligatorischen Verhältniss unter einander. Sie ist vielmehr so aufzufassen, dass die sämmtlichen in Betracht kommenden Grundstücke mit Rücksicht auf die Belastungsverhältnisse in Zusammenhang gebracht werden, so dass alle zur Befriedigung der auf ihnen ruhenden Hypotheken irgendwie herangezogen werden, damit nicht das eine oder das andere allein unverhältnissmässig in Anspruch genommen wird.

Nach Hachenburg [78]) besteht eine solche Gemeinschaft auch nach dem B. G.B. Der Gesetzgeber selbst hat dieselbe allerdings nicht gewollt und daher die Consequenzen aus dem im Gesetzbuche begründeten Princip nicht gezogen.

Der § 1172 bestimmt:

> Eine Gesammthypothek steht in den Fällen des § 1163 den Eigenthümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu.

Da nun die Hypothek im B. G.B. grundsätzlich als Eigenthümerhypothek gedacht ist, die allerdings ihre Verkehrsfunction erst erhält dadurch, dass eine Forderung als Legitimationstitel zu derselben hinzutritt, so wird dieses Verhältniss des § 1172 nicht erst begründet, wenn die Forderung erlischt oder nicht zur Entstehung gelangt oder der Confusionsfall eintritt, sondern die Gesammthypothek steht von Anfang an den

---

[77]) Dernburg a. a. O. S. 190.

[78]) Hachenburg a. a. O. S. 140 ff.

Eigenthümern der damit belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu. Diese Thatsache aber „beweist, dass zwischen den Eigenthümern eine Gesammthaft besteht“. Diese Gemeinschaft ist selbstredend keine Societät, auch keine Gemeinschaft nach bestimmten Quoten, „sie gleicht dem Eigenthum der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft an einem Objecte der Gesellschaft, sie gehört den Betheiligten ‚zur gesammten Hand‘, d. h. nur zur gemeinschaftlichen einheitlichen Verfügung.“ Diese Theorie ermangelt jedenfalls nicht der Begründung. Aber das B. G.B. hat am Dogma des freien Wahlrechts nicht rütteln wollen und daher für die weitere Ausgestaltung der Gesammthypothek dieses in ihm enthaltene Princip nicht verwerthet.

Die Gründe, die gegen die Ausgleichung vorgebracht werden, verblassen alle gegenüber den Billigkeitserwägungen, die in erster Linie massgebend sein müssen.

Wenn Exner[79]) geltend macht, dass die angebliche Billigkeit nur eine einseitige sei, weil sie für den Correalhypothekengläubiger eine Rechtsverkürzung enthalte, so ist dagegen nur zu erinnern, dass der Letztere eben aus der Correalhypothek Vortheile ziehe, die ihm billigerweise nicht zukommen.

Und wenn er behauptet, dass der Realkredit, was auch dagegen vorgebracht würde, am besten seine Rechnung finde, wenn der Rechtssatz: pignoris causa est individua auch nach dieser Richtung hin unangefochten bleibt, so ist das eine unerwiesene Behauptung und kein Argument.

Ebenso unhaltbar gegenüber der Billigkeitsidee ist es, wenn vom formalen Standpunkt aus in der Beeinträchtigung der Nachhypothekare und der verschiedenen Eigenthümer keine Rechtsverletzung erblickt wird, da zwischen denselben kein Rechtsverhältniss bestehe, sondern nur eine Interessenverwickelung, insofern als alle diese Personen gleichmässig

---

[79]) Exner a. a. O. S. 309.

von den Folgen der Rechtsausübung eines Dritten bedroht werden können[80]). Exner geht ferner so weit, dass er vor der analogen Ausdehnung der Ausgleichungsregeln warnt, die wir in der österreichischen Praxis antreffen[81]).

Auch die in den Motiven zum Entw. d. B. G.B. vorgebrachten Gründe wiegen nicht viel schwerer. Dieselben bezweifeln, dass es überhaupt möglich sei, einen praktisch brauchbaren und der Gerechtigkeit entsprechenden Ausgleichungsmodus zu finden; wenigstens seien alle bisherigen Versuche willkürlich und unvollständig. Eine Ausgleichung auf dem Boden der Rechtsconsequenz sei nur möglich, wenn sie das Ergebniss obligatorischer Beziehungen der mit einander Betheiligten sei[82]).

Alle diese Gründe sind formaler Natur und vermögen denjenigen nicht zu überzeugen, der die wirthschaftlichen Gefahren, die aus der angeblichen Rechtsconsequenz hervorgehen können, richtig würdigt.

Werfen wir nunmehr einen Blick auf den Stand der Gesetzgebung.

In Oesterreich[83]) ist auch in der Konk.-O. § 37 das freie Wahlrecht anerkannt. Aber in der Konkursinstanz greift eine Berücksichtigung der erwähnten Billigkeitsmomente Platz.

Der gleiche § 37 der Konk.-O. gewährt den durch die Wahl des Correalhypothekengläubigers benachtheiligten Nachhypothekaren das Recht, aus dem Erlöse der anderen Güter so viel zu verlangen, als auf ihre Forderung entfallen wäre, wenn der Gläubiger aus allen verhältnissmässig gleiche Befriedigung gesucht haben würde.

Für den Fall, dass die übrigen Güter noch nicht verkauft sind, tritt dieser Regressanspruch in die Rangstelle

---

[80]) Exner a. a. O. S. 313 u. 314.

[81]) Exner a. a. O. S. 316.

[82]) Motive III S. 685; vgl. auch die sehr berechtigte Polemik gegen die Motive der Gesetzgebung bei Best a. a. O. II S. 55 ff.

[83]) Exner a. a. O. S. 313 ff.

der durch Befriedigung des Gläubigers getilgten Simultanhypothek. Es wird also für den Nachhypothekar eine Art hypothekarische Succession angenommen. Er erhält einen gesetzlichen Pfandtitel für diesen Regressanspruch, der in das öffentliche Buch in der Rangordnung der Simultanhypothek eingetragen wird.

Solange nicht alle Grundstücke verkauft sind, kann der Betrag ziffernmässig nicht festgestellt werden. Er muss daher ohne Bezifferung eingetragen werden, wodurch aber dem Specialitätsprincip kein Abbruch geschieht, da der Regressanspruch nie die Höhe des Simultanpfandes übersteigen kann.

Diese Regeln sind dispositiver Natur [84]. Sie gelten in erster Linie für den Fall des Konkurses und bei konkursähnlichen Verhältnissen da, wo alle Grundstücke zum Verkaufe gebracht werden sollen. Die Praxis wendet sie auch analog ausser Konkurs an [85]. Für das österreichische Recht gilt somit die sog. Societätstheorie.

Auch nach bayerischem Rechte [86] hat der Gläubiger die Wahlfreiheit. Nach § 19 der Prior.-O. v. 1822 ist aber dieselbe für den Fall, dass alle mithaftenden Grundstücke zur Zwangsversteigerung kommen, dem Gläubiger abgeschnitten. In erster Linie sollen die Interessen der Nachhypothekare gewahrt werden, und es soll daher auf den Erlös eines derjenigen Grundstücke gegriffen werden, dessen Abführung an den Correalgläubiger, ohne die Gesammtforderung selbst zu beeinträchtigen, die Nachhypothekare nicht in Verlust bringt.

Ist aber die Befriedigung des Gesammthypothekengläubigers aus einem dieser Erlöse nicht möglich, dann soll das sog. Prioritätsprincip Platz greifen, d. h. die Erlöse sämmtlicher Grundstücke sollen dann zusammengeworfen werden und alle Hypotheken ohne Rücksicht darauf, auf welchem der

---

84) Exner a. a. O. S. 311.

85) Wogegen Exner a. a. O. S. 311 u. 316 unter Hinblick auf die singuläre Natur dieser Bestimmungen warnt.

86) Vgl. Regelsberger a. a. O. S. 261 ff.

einzelnen Grundstücke sie eingetragen sind, aus der Gesammtsumme nach ihrer Priorität befriedigt werden. Diese Prioritätstheorie aber, vermöge deren zur Befriedigung einer Hypothek Grundstücke herangezogen werden können, auf die sie gar nicht eingetragen ist, steht in Widerspruch mit dem im Uebrigen in der Prior.-O. anerkannten Specialitätsprincip.

Der § 19 der Prior.-O. wurde, da er der Praxis schwer zu schaffen machte, durch ein Gesetz von 1856 ersetzt, dessen Inhalt mit einigen Aenderungen in den Art. 106 der Subhast.-O. v. 1879 aufgenommen wurde. Diese Aenderungen waren nothwendig, weil die Bestimmungen der Prior. O. und des Ges. v. 1856 den Konkurs zur Voraussetzung hatten und seither durch die Reichsgesetzgebung die Zwangsvollstreckung in Liegenschaften dem Konkurse entzogen worden war.

Dieser Art. 106 bestimmt, dass, wenn die für eine Gesammthypothek in Mithaft gezogenen Grundstücke zur Zwangsversteigerung kommen, der Betrag der Gesammtforderung auf alle Kaufschillinge zu gleichen Theilen zu verlegen ist. Reicht der Erlös aus einem dieser Grundstücke zur Bezahlung der auf dasselbe entfallenden Quote nicht aus, weil derselbe durch Vorhypotheken in Anspruch genommen ist, so wird der Fehlbetrag auf die übrigen Kaufschillinge wiederum zu gleichen Theilen verlegt. Es gilt demnach in Bayern die sog. absolute oder virile Repartitionstheorie.

In der Novelle zur Subhast.-O. v. 1886 ist das Princip des geringsten Gebots zur Aufnahme gelangt.

Bestritten für das bayerische Recht ist die Frage, ob diese Regelung auch dann Platz greife, wenn nicht alle mithaftenden Grundstücke zur Zwangsvollstreckung gebracht worden sind. Regelsberger bejaht sie und wohl mit Recht aus der ratio legis [87]).

Den ausgleichenden Anspruch haben alle, die durch eine abweichende Befriedigung in ihren Rechten bedroht sind, also

---

[87]) Regelsberger a. a. O. S. 265 ff.

auch der Nachhypothekar wie der Correalgläubiger des Eigenthümers eines Verbandsgrundstücks und der Drittbesitzer des Verbandsgrundstücks [88]), und dieser Anspruch ist auch dann berechtigt, wenn der Correalhypothekengläubiger sonst einen nicht die Correalhypothek angehenden Schaden dadurch erleiden sollte, z. B. wenn er selbst eine Nachhypothek an einem der Verbandsgrundstücke hat.

Für das Württemberger Recht [89]) sind massgebend die §§ 98—103 des Pfandgesetzes von 1825. Der § 98 enthält das Princip und die folgenden Paragraphen die näheren Ausführungen für den Konkursfall.

§ 98: „Ein Gläubiger, welchem mehrere Grundstücke in ungetheilter Summe verpfändet sind, ist aus denjenigen Gütern zu befriedigen, deren Angriff für Rechtsansprüche Anderer oder für den Schuldner am wenigsten nachtheilig ist und zugleich dem Gläubiger die gebührende Zahlung sichert."

Hiernach ist das Wahlrecht beschränkt, und zwar zu Gunsten des Schuldners, der Nachhypothekare, der Eigenthümer der Verbandsgrundstücke, sowie der an denselben dinglich Berechtigten und sogar zu Gunsten bloss obligatorischer Ansprüche.

Das Gesetz betr. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen von 1879 überträgt dem Vollstreckungsrichter resp. der beauftragten Vollstreckungsbehörde die Bestimmung, welche Güter zur Befriedigung herangezogen werden sollen. Nur für einen Fall wird dem Gesammtpfandgläubiger das Wahlrecht nach Art. 100 Abs. 2 gegeben, nämlich dann, wenn er selbst an einem der Verbandsgrundstücke Nachhypotheken hat.

Nach Art. 99 und 100 soll im Konkurse der Erlös sämmtlicher Unterpfänder zusammengeworfen und unter die Gläubiger

---

88) Regelsberger a. a. O. S. 267.

89) Vgl. Römer, Württemb. Unterpf.-R., S. 221 ff.

nach dem Alter ihrer Forderungen vertheilt werden, aber mit der Massgabe, dass jeder Gläubiger nur aus dem Erlös des ihm verpfändeten Unterpfandes Befriedigung verlangen kann, wodurch das Specialitätsprincip gewahrt wird.

Besondere Bestimmungen über die Vertheilung des Erlöses enthält das Gesetz für den Fall, dass dieser theils in baarem Gelde, theils in Terminzahlungsanweisungen (sog. Zielern) besteht. Dadurch, dass der Erlös der einzelnen Güter nur zur Befriedigung der darauf eingetragenen Gläubiger verwendet wird, kann vom einzelnen Erlös ein Rest verbleiben. Dieser fällt den chirographarischen Gläubigern zu, für welche auf diese Art auch gesorgt ist.

Auch das hessische Pfandgesetz, Art. 88, erkennt das freie Wahlrecht im Principe an[90]), beschränkt es aber zu Gunsten des Schuldners und der Nachhypothekare erheblich. Hält sich der Gläubiger nur an das eine oder das andere Grundstück, so kann der Schuldner nach Art. 38 den Verkauf der gesammten Unterpfänder verlangen. Dasselbe Recht giebt Art. 122 auch den Nachhypothekaren des von dem Gläubiger ausgewählten Grundstückes. Eventuell sind dieselben in die Correalhypothek auf die nicht zur Zwangsvollstreckung gebrachten Grundstücke, welche nicht mit Nachhypotheken belastet sind, von dem Gerichte einzusetzen. Sind die Grundstücke insgesammt zur Zwangsvollstreckung gebracht, so tragen sie gemäss Art. 116 an sich verhältnissmässig zur Befriedigung des Gesammthypothekengläubigers bei. Sind dieselben aber nur zum Theil mit Nachhypotheken belastet, so ist gemäss Art. 117 der vorgehende Gläubiger zuerst aus dem Erlöse der nicht mit Nachhypotheken belasteten Unterpfänder zu befriedigen.

Welche Stellung der Entw. I des B. G.B. zur Frage der Correalhypothek genommen hat, ist bereits oben erörtert worden, und ebenso wurden von der bisherigen Darstellung

---

[90]) Vgl. Best a. a. O. II S. 55 ff.

auch schon eine Reihe von Bestimmungen, die das Gesetz selbst enthält, herangezogen, die in Kürze recapitulirt werden mögen. Das B. G.B. hat das freie Wahlrecht, welches keinerlei Beschränkung unterworfen ist, als obersten Grundsatz angenommen (§ 1132 Abs. 1), das allerdings auch vom Gläubiger in der Art benützt werden kann, dass er den Betrag seiner Forderung in Theilforderungen zerlegt und diese auf die einzelnen Grundstücke anweist (§ 1132 Abs. 2). Diese Wahlfreiheit wirkt bis in die Executionsinstanz hinein (§ 122 des Ges. betr. Zw.-Verst. u. Zw.-Verw.). In derselben ist auch das Recht des Verzichts auf eine oder alle Zweighypotheken für den Gläubiger begründet (§ 1175). Für den Fall, dass auf alle Zweighypotheken verzichtet wird, tritt die Wirkung des § 1172 Abs. 1 ein, d. h. ganz in gleicher Weise, wie wenn die Forderung untergeht oder nicht zu Stande kommt, steht hier die Gesammthypothek allen Eigenthümern gemeinschaftlich zu (§ 1175). Hier kann aber jeder Eigenthümer verlangen, dass der Betrag nach Werthrelation auf die einzelnen Grundstücke vertheilt und angewiesen wird (§ 1172 Abs. 2), wenn es nothwendig erscheint, damit der einzelne Eigenthümer über die Hypothek (natürlich zu seinem Theil), z. B. durch Cession, verfügen kann.

Dass auf Grund des § 1172 eine Gemeinschaft unter den Eigenthümern der verschiedenen Verbandsgrundstücke angenommen werden kann, ist oben bereits eingehend erörtert worden. Diese Consequenz ist aber vom Gesetzgeber weder gewollt noch ausgenützt worden. Es hätte auf dieser Basis eine Ausgleichungstheorie zu Gunsten der durch den einseitigen Zugriff des Gläubigers geschädigten Personen aufgebaut werden können, nach welcher die Billigkeit in angemessener Weise Berücksichtigung erfahren hätte.

Aber das Gesetzbuch weist eine solche Ausgleichung aus Billigkeitsrücksichten von der Hand. Ein Regressanspruch des geschädigten Eigenthümers wird nur dann anerkannt, wenn derselbe ausserhalb des hypothekarischen Verhältnisses

begründet ist. Dann aber ist es gleichgültig, ob dieser Ersatzanspruch gegen den Eigenthümer selbst gerichtet ist oder dessen Rechtsvorgänger, und derselbe erzeugt nicht nur die regelmässige obligatorische Folge, sondern erhält dingliche Wirkung dadurch, dass der Ersatzberechtigte am Grundstück des Ersatzpflichtigen in der Höhe seines Ersatzanspruches eine Hypothek im Range der durch Befriedigung erloschenen Gesammthypothek erwirkt. Diese Ersatzhypothek steht ihm mit der Eigenthümerhypothek, die ihm in Folge Befriedigung des Gläubigers an seinem Grundstück an Stelle der Correalhypothek verbleibt, als Gesammthypothek zu (§ 1173 Abs. 2).

Eine solche Ersatzhypothek erhält auch der persönliche Schuldner, der den Gläubiger befriedigt, am Grundstück desjenigen Eigenthümers, von dem er Ersatz verlangen kann. Hat er nur das Recht auf theilweisen Ersatz, so erhält er Hypothek auf diesen Theilbetrag, die mit der Eigenthümerhypothek des betreffenden Eigenthümers concurrirt. Der Befriedigung ist gleichgestellt die Confusion (§ 1174).

Ist ein solcher Ersatzanspruch ausserhalb der Hypothek nicht begründet, so wird der von dem Zugriffe des Gläubigers getroffene Eigenthümer allein den ganzen Schaden zu tragen haben.

Auch für die Nachhypothekare ist nicht die gebührende Vorsorge getroffen worden.

Allerdings wird zu ihren Gunsten von dem sonst im Gesetz streng durchgeführten Locusprincip abstrahirt. Durch die Befriedigung des Gläubigers aus einem Grundstück werden die übrigen Grundstücke frei (§ 1181 Abs. 2) und die Folge davon ist, dass die Nachhypothekare aufrücken.

Und diese Wirkung tritt nicht nur dann ein, wenn eigentliche Befriedigung erfolgt, sondern auch dann, wenn das Gläubigerrecht auf den Eigenthümer übertragen ist oder wenn Forderung und Schuld sich in der Person des Eigenthümers vereinigen (§ 1173 Abs. 1).

Durch diese Bestimmung ist dem Nachhypothekar ein

gewisser Schutz gegeben gegen gewissenlose Praktiken des Gesammtpfandgläubigers, wie sie oben geschildert worden sind.

Und ferner führt das Gesetz noch eine weitere Begünstigung desselben ein. In § 1182 ist vorgeschrieben, dass die oben erwähnte Regresshypothek des Eigenthümers oder des persönlichen Schuldners, welcher den Gläubiger befriedigt hat, nicht zum Nachtheil eines im Range gleich- oder nachstehenden Rechtes geltend gemacht werden kann[91]). Diese Regresshypothek, obgleich dem Range nach älter, steht der Nachhypothek nach.

Aber alle diese Vergünstigungen treten nur ein unter der Voraussetzung, dass der Gläubiger seinen Zugriff auf ein anderes als das mit dieser Nachhypothek belastete Grundstück gerichtet hat. Auch wo die ausnahmsweise eingeräumte Regresshypothek an dem betreffenden Grundstück entsteht, ist dieselbe eine Folge der Inanspruchnahme eines anderen Grundstückes durch den Gläubiger; und wenn keine Regresshypothek in Frage käme, so wäre das Aufrücken der Nachhypotheken zweifellos. Ein etwaiger Zweifel, der für den Fall, dass ein solcher Regressanspruch seine hypothekarische Versicherung erhält, hierüber entstehen könnte, ist durch die Gesetzesbestimmung gehoben.

Nur in einem Falle geht der Nachhypothekar auch dann, wenn das Grundstück, an dem sein nachstehender Posten eingetragen ist, vom Gläubiger herausgegriffen wird, ohne Schaden aus. Nämlich dann, wenn die Nachhypothek selbst wieder Correalhypothek ist, die auf den gleichen Grundstücken ruht wie die ihr vorgehenden. Hier kommt der nachstehende Gläubiger zwar in Ausfall auf dem vom Zugriff betroffenen Grundstück, dafür aber erlischt die erste Correalhypothek an den anderen in Mithaft gezogenen, und an diesem rückt er auf, so dass ein völliger Ausgleich stattfindet[92]). Die Motive

---

[91]) Hier folgt das Gesetz dem Vorschlag Dernburg's a. a. O. S. 188 u.

[92]) Vgl. Hachenburg a. a. O. S. 132 ff.

zum Entwurfe eines Zwangsvollstreckungsgesetzes (S. 299) geben den Nachhypothekaren den gutgemeinten, wohl aber kaum immer durchzuführenden Rath, die Nachhypothek nicht anders als in der Form auch einer Correalhypothek an den gleichen Grundstücken bestellen zu lassen.

In allen Fällen, in denen diese Voraussetzung nicht zutrifft, wo also der Nachhypothekar nur an einem der mithaftenden Grundstücke versichert ist, bleibt die Möglichkeit schwerer wirthschaftlicher Schädigung desselben auch im neuen Rechte bestehen.

Auch in den Huber'schen Entwurf soll eine Bestimmung aufgenommen werden, wonach für den Fall, dass der Drittbesitzer, der nicht Schuldner ist, den Gläubiger befriedigt hat, das Forderungsrecht auf ihn übergehen soll.

Dem persönlichen Schuldner soll, wenn er den Gläubiger befriedigt hat, soweit ihm ein Regressrecht gegen den Eigenthümer zusteht, für diesen Betrag Hypothek an dessen Grundstück zukommen.

XII.

Vorschläge de lege ferenda.

Die Darstellung des geltenden Rechtes hat ergeben, dass die in demselben enthaltene Normirung der Gesammthypothek in vielen Punkten den wirthschaftlichen Anforderungen nicht entspricht, ja sogar eine directe Schädigung des Realkredites im Gefolge haben kann. Die gerügten Missstände waren alle mehr oder weniger Consequenzen des freien Wahlrechts. Wenn dieses freie Wahlrecht gleichwohl vielerorts als eine wirthschaftliche Nothwendigkeit, als ein unabweisbares Bedürfniss des Realkredites angesehen wird, so kann auch de lege ferenda für die Rechtsgebiete, in denen diese Auffassung herrscht, nicht die Rede von einer Abschaffung desselben sein. Wohl aber sollten Vorkehrungen getroffen werden, durch welche die schädlichen Wirkungen desselben neutralisirt werden.

In der Gesetzgebung fehlt es nicht an Versuchen, die aber alle nicht vollständig befriedigen. Entweder gehen die einzelnen hier in Betracht kommenden Rechte nicht weit genug, indem sie auf halbem Wege stehen bleiben, oder sie lassen die Abhülfe zu spät eintreten.

Sehr beachtenswerth erscheinen uns die Verbesserungsvorschläge von Dernburg[93]). Derselbe knüpft an die im Jahre 1868 von Wilmans in dessen Schrift: „Zur Reform der Hypotheken- und Subhastationsgesetzgebung" angeregten Gedanken an, die er in sehr zutreffender Weise vervollständigt und weiter ausgestaltet.

Wilman's hatte verlangt, dass die Beitragspflicht der einzelnen Grundeigenthümer schon bei der Begründung der Correalhypothek in bestimmter Höhe eingetragen werden sollte. Derjenige Gutsbesitzer, der zur Zahlung der ganzen Summe vom Gläubiger herausgegriffen worden war, sollte beanspruchen können, dass in der Höhe der festgesetzten Beitragsquote die Hypotheken an den vom Zugriff verschonten Grundstücken auf seinen Namen umgeschrieben würden. Eine solche Festsetzung der Beitragsantheile will Dernburg auch für die Fälle der Parzellirung des Gutes eintreten lassen. Die zur Realisirung derselben zugestandene Regresshypothek soll aber nicht zum Nachtheil gleich- und nachstehender Gläubiger geltend gemacht werden können. Diese Regresshypothek wäre einzutragen sowohl dann, wenn alle mithaftenden Grundstücke später insgesammt zur Zwangsversteigerung kämen, als auch dann, wenn etwa nur eines oder einige derselben zwangsweise verkauft werden. Auch dieser Ausgleichsanspruch müsste nicht nur den Eigenthümern der mithaftenden Grundstücke, sondern auch den hinter der Correalhypothek eingetragenen Gläubigern gewährt werden.

Zur Illustration mögen folgende Beispiele dienen:

An drei Grundstücken Nr. 1 im Eigenthum des A, Nr. 2

---

[93]) Dernburg a. a. O. II S. 188 ff.

im Eigenthum des B und Nr. 3 im Eigenthum des C stehend, lastet eine Gesammthypothek von 3000.

Die Beitragspflicht jedes dieser Grundstücke ist 1000.

A bezahlt allein.

Er erhält an Nr. 1 die Eigenthümerhypothek von 1000 und an Nr. 2 und 3 auch je eine Regresshypothek von 1000.

2000 werden auf jedem Grundstück gelöscht.

Auf Nr. 1 ist nach der Correalhypothek eine Hypothek von 500 zu Gunsten des X eingetragen,

auf Nr. 2 eine solche von 1000 zu Gunsten des Y und

auf Nr. 3 eine solche von 1000 zu Gunsten des Z.

Auf Nr. 1 wird allein exequirt. Dadurch kommt X zum Ausfall.

Die 500 des X werden im Betrage von je 250 auf Nr. 2 und 3 eingetragen. Diese 250 gehen den 1000 von Y und Z vor, aber diese werden gleichwohl voll befriedigt, weil auf Nr. 2 und 3 2000 gelöscht sind.

Die Ausgleichung für die Nachhypothekare vollzöge sich demnach auf dem Wege einer Subrogation. Die ausfallenden Nachhypothekare könnten bei der Kaufgelderbelegung verlangen, dass in Höhe ihrer Posten die auf ihren Grundeigenthümer entfallende Beitragsquote der anderen an deren Grundstücken auf sie übertragen würden, was der Subhastationsrichter zu bewirken hätte. Wendet man gegen dieses Verfahren ein, dass die Nachhypothekare aus anderen Grundstücken befriedigt werden, als aus denen, auf welchen sie eingetragen sind, so kann man dagegen geltend machen, dass die Grundstücke, die nunmehr mit durch diesen Regressanspruch belastet werden, dafür den Vortheil haben, dass in Folge des Zugriffs auf das mit Nachhypothek belastete Grundstück auf ihnen ein Theil der Correalhypothek abgeschrieben wird. Diese Normen wären natürlich nur dispositiv. Selbstverständlich könnte auch durch Vereinbarung die ganze Haftung auf ein einziges Grund-

stück beschränkt werden. Aber diese Beschränkung müsste durch Eintragung offenkundig gemacht sein. Diese Offenkundigkeit der internen Verhältnisse verlangt auch Hachenburg [94]).

Diese Offenkundigkeit der Beitragspflicht wird aber auch namentlich in einer Beziehung sehr günstig wirken. Bleibt nach Abzug dieser Beitragsquote für das einzelne Gut noch ein disponibler Werth übrig, so wird der Eigenthümer dieses Gutes diesen zur Bestellung einer weiteren Hypothek leicht verwenden können, da eine solche weitere Belastung für den neuen Gläubiger gar keins oder nur ein geringes Risiko hat.

Diese Vorschläge erscheinen uns sehr gelungen und wir möchten denselben nur noch einen weiteren zufügen, der im Interesse des Gläubigers gemacht werden könnte. Unseres Erachtens würde es sich empfehlen, für den Fall eines etwaigen Ausfalls an einem der Grundstücke eine subsidiäre Haftung der übrigen Grundstücke vorzusehen, wie wir sie im schwedischen Rechte sowie im schweizerischen Rechte in der sog. Ueberzeigung oder Ueberlangung angetroffen haben.

---

[94]) Hachenburg a. a. O. S. 144.

VI.

Ueber das Recht der tropischen Naturvölker Südamerikas.

Von

Cand. jur. **Max Schmidt** aus Altona.

§ 1.

Einleitung.

Unter dem Namen „tropische Naturvölker Südamerikas“ lassen sich jene in sprachlicher und sozialer Hinsicht so überaus zersplitterten Bewohner des tropischen Südamerika zusammenfassen, welche ihre Unabhängigkeit gegen die immer weiter in ihre waldigen Regionen eindringende europäische Kultur bisher zu bewahren vermochten und es andererseits nicht wie ihre westlichen Nachbarn zu einer selbstständigen Kultur gebracht haben. Es handelt sich hier im Grossen und Ganzen um die Naturvölker Brasiliens, aber da die Grenzen der ihrer in den Hauptzügen gleichartigen Rechtsentwickelung wegen gemeinsam zu behandelnden Stämme sich nicht überall mit den politischen Grenzen des eben genannten Reiches decken, konnten wir die letzteren nicht zur Fixirung unseres Themas verwenden. Aus dem Gewirr der vielen bisher bekannten kleineren oder grösseren Gemeinschaften, deren Zahl Martius [1]) auf 250 berechnet, lassen sich vier Hauptsprach-

---

[1]) Martius, Beiträge zur Ethnographie Amerikas zumal Brasiliens (Leipzig 1867) S. 48.

gruppen unterscheiden, die Tapuyas oder Gès, die Tupi, die Nu-Aruak und die Kariben[2]). Freilich bleibt bei dieser Sonderung ein Rest verschiedener Stämme, so unter anderen die Mura, die Juri, die Tekuna, die Uaupes, die Trumai, die Karaya, die Bororo, die Guato, die Puri, die Coroados und die Marinha[3]), welche sich keinem der vier grossen Sprachstämme unterordnen lassen.

Nicht herangezogen werden im Folgenden die Rechtsverhältnisse der Goajiroindianer und der Inselkariben, weil wegen der Verschiedenheiten in kultureller Hinsicht das Hineinziehen dieser Stämme in die Darstellung der übrigen sich als unzweckmässig erweisen würde[4]).

In wie weit sind nun die mannigfaltigen, in ewigem Flusse begriffenen Gemeinschaften, die wir bei diesen Indianern vorfinden, zugleich Rechtsgemeinschaften und demnach die innerhalb dieser Gemeinschaften sich abspielenden Verhältnisse Rechtsverhältnisse? Diese Frage lässt sich oft nur schwer entscheiden, da wir an so manchen Stellen dem Recht in seinem ersten Werden begegnen, indem mehrere kleinere Rechtsgemeinschaften mit einander derartig in Beziehung treten, dass oft schwer zu sagen ist, wann die durch das Zusammenschliessen mehrerer kleinerer Rechtsgemeinschaften entstandene grössere Gemeinschaft eine derartige Gestalt angenommen hat, dass sie ihrerseits zur Rechtsgemeinschaft geworden ist. Noch häufiger tritt in diesem Gebiet, wo so häufig Verschiebungen in den Bevölkerungsmassen in Folge der vielen Wanderungen stattfinden, wo andererseits der Nahrungsverhältnisse wegen nur eine bestimmte Anzahl von Individuen bei einander wohnen

---

2) Nach Karl v. d. Steinen.

3) Vgl. Sievers, Amerika S. 249—250. Ausserdem Ehrenreich, Die Entwickelung und Verbreitung der Völkerstämme Brasiliens nach dem gegenwärtigen Stande unserer Kenntnisse. In: Petermanns Mittheilungen Bd. 37 (1891) S. 114 ff.

4) Specielle Bearbeitung des Rechts der Goajiroindianer von Kohler in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 7.

kann, der Fall ein, dass sich in einer grösseren Rechtsgemeinschaft das die einzelnen Theile zusammenhaltende Band in Folge räumlicher Trennung dieser Theile immer mehr lockert, bis der Punkt da ist, wo jene grössere Gemeinschaft die Begriffsmerkmale einer Rechtsgemeinschaft nicht mehr enthält, wo also die einzelnen Theile, welche schliesslich einzelne Familien darstellen können, unabhängige Rechtsgemeinschaften werden. Ein derartiges Schwanken zeigt sich fast überall in den sozialen und damit zugleich in den Rechtsverhältnissen. Es fehlt jene Stetigkeit in den Verhältnissen, welche für eine feinere Entwickelung rechtlicher Gebilde, für eine prägnantere Abgrenzung der Machtsphären einander neben- oder übergeordneter Rechtsgemeinschaften nöthig ist. Immerhin aber finden wir überall mehr oder weniger geregelte Verhältnisse in gewissen Kreisen, also auch ein Recht vor, wenn diese Kreise auch vielleicht manchmal ihrem Umfange nach auf einzelne Familien zusammenschrumpfen, wenn auch vielleicht zur Verwirklichung der in den einzelnen Rechtsgemeinschaften geltenden Normen kein anderes Zwangsmittel vorhanden ist, als die Gefahr der Auflösung eben dieser Rechtsgemeinschaften.

A. Rechtliche Organisation der Bevölkerung.

§ 2.

Allgemeines.

Bei einer Beschreibung der rechtlichen Organisationsformen der tropischen Indianerstämme zeigen sich aus dem Grunde Schwierigkeiten, weil wir bei der Gliederung der Bevölkerung kein einheitliches Organisationsprincip vorfinden, sondern hier vielmehr die drei in der Entwickelung der Menschheit zeitlich auf einander folgenden Principien, den Totemismus, das vaterrechtlich-geschlechtsgenossenschaftliche Princip und das Territorialprincip mehr oder weniger durch und neben

einander laufen sehen. Der Totemismus, der sich natürlich auch hier als das Ursprünglichere darstellt, tritt freilich als Eintheilungsprincip nur noch an wenigen Punkten hervor, aber die Folgen, die dieses namentlich in Bezug auf familienrechtliche Verhältnisse mit sich bringt, sind noch überall deutlich zu erkennen. Das geschichtlich folgende, das vaterrechtlich-genossenschaftliche Princip wirkt zwar in manchen wichtigen Beziehungen auf die Regelung der Verhältnisse ein, ist aber nirgends zu jener ausgeprägten Form durchgedrungen, die es bei anderen Völkern zur Zeit seiner Geltung erlangt, was wohl vor Allem dem gänzlichen Mangel an Viehzucht, jener Hauptstütze des patriarchalischen Familienprincips, zuzuschreiben ist. Bevor noch das letztere Princip zur eigentlichen Entwickelung kommt, ist es schon durch das nächstfolgende Princip, das Territorialprincip, den eigentlichen Begleiter des Ackerbaus, überflügelt.

§ 3.

I. Totemismus.

Das Princip des Totemismus tritt bald mehr bald weniger hervor. Die direkten Anzeichen dieses Princips, die Spaltung des Stammes in verschiedene Gruppen, zwischen denen ganz bestimmte Regeln für die Eheverhältnisse bestehen, sind bei den meisten Stämmen nicht mehr zu finden, da mit dem Ausser-Gebrauch-kommen der Regeln für diese Eheverhältnisse auch die Grenzen der einzelnen Gruppen sich mehr und mehr verwischen mussten. Nachgewiesen ist diese Eintheilung in einzelne Totems nur bei den Arawaks in Britisch-Gujana [5]). Everhard im Thurn zählt bei ihnen 47 solcher einzelnen Totemfamilien auf [6]). Die Glieder dieser einzelnen Totems dürfen

---

[5]) Everhard im Thurn, Among the indians of Guiana (London 1883). Chapter VII S. 175 ff. — Hilhouse im Journal Geogr. Soc. (London) II, 228. — Martius, Zur Ethnographie Amerikas S. 690 ff. — Schomburgk, Reisen in Britisch-Gujana (Leipzig 1847) II S. 459.

[6]) Everhard im Thurn S. 176 ff.

keine Ehebündnisse unter sich eingehen, vielmehr müssen die Männer stets in einen anderen Totem hineinheirathen[7]). Bei den Totems Demarena und Karobahana ist sogar die specielle Regel noch in Geltung, dass ein Demarena nur in den Totem Karobahana und in keinen anderen hineinheirathen kann und ein Karobahana wiederum nur in den Totem Demarena[8]). Also noch ein ausgeprägter Totemismus! Aber auch bei diesen Arawakstämmen werden diese Regeln schon immer lockerer[9]). In ähnlicher Weise wird von den Jameos[10]), einem Stamme am Amazonas, berichtet, dass sie keine Verbindung mit Personen dulden, die derselben Horde angehören.

Fast ausschliesslich sind die 47 Totems der genannten Arawaks, wie es fürs Totemsystem charakteristisch ist, nach Thieren oder Pflanzen benannt[11]). Wenn zu solchen Namen schon gewöhnlich solche Thiere und Pflanzen verwendet werden, welche an sich schon mehr oder weniger bedeutsam unmittelbar in die Lebensverhältnisse der Indianer eingreifen[12]), so fühlen sich die einzelnen Horden mit diesen Thieren oder Pflanzen erst vollends in mystischer Weise eng verbunden, wenn sie einmal von diesen ihre Hordennamen hergenommen haben. Dies geht so weit, dass die einzelnen Familien ihre ursprüngliche Herkunft von solchen Thieren herleiten.

Auch da, wo die Regeln über die Eheverhältnisse zwischen den einzelnen Totems und damit die Abgrenzung jener Totems selbst längst durch das Eingreifen anderer Organisationsprincipien verwischt sind, lassen die mystischen Beziehungen einzelner Gemeinschaften zu gewissen Thieren und Pflanzen auf jenen vergangenen Zustand schliessen. Auffallend ist schon die häufige Benennung der Gemeinschaften nach Thieren oder

---

7) Martius S. 690.

8) Everhard im Thurn S. 178 u. S. 181.

9) Everhard im Thurn S. 175.

10) Martius, Zur Ethnographie S. 117.

11) Everhard im Thurn S. 176 ff.

12) Everhard im Thurn S. 185.

Pflanzen, wie wir es z. B. bei den Mauhes finden[13]). Die Bororos identificiren sich mit rothen Araras[14]). Der Tod ist nach ihnen nichts als eine Verwandlung in diese Thiere[15]), während die Verstorbenen anderer Stämme in andere Thiere übergehen. Im Einklang mit dem Glauben an diese enge Verbindung mit jenen Thieren essen sie niemals einen Arara und tödten niemals einen zahmen Arara, ja sie wehklagen, wenn ein solcher stirbt[15]). Bei den wilden Bakairi ist ihr Verhältniss zum Thierleben die allgemeine Grundlage ihrer ganzen Weltanschauung[16]). Der Medicinmann vermag sich hier vorübergehend in der Narkose in Thiere zu verwandeln[17]). Bei den Karayas am Rio Araguaya sind Thierornamente als Abzeichen der betreffenden Familie oder eines weiteren Geschlechtsgenossenverbandes an den Grabpfählen angebracht[18]).

Die übrigen Symptome des Totemismus, wie sie sich in den bald mehr bald weniger neben dem vaterrechtlichen Princip erhaltenen mutterrechtlichen Grundsätzen, sowie in den Reminiscenzen an eine einstige Gruppenehe zeigen, werden im Späteren bei der Darstellung des Familienrechts nähere Behandlung finden. Auch sie weisen aufs Deutlichste darauf hin, in wie enger Beziehung die gegenwärtigen Verhältnisse selbst da, wo sie äusserlich auf ganz anderen Principien beruhen, doch noch mit dem einstigen Totemismus stehen.

---

[13]) Martius, Zur Ethnographie S. 400.

[14]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern Centralbrasiliens. 2. Auflage S. 307.

[15]) Karl v. d. Steinen, ebenda S. 398.

[16]) Karl v. d. Steinen, ebenda S. 319.

[17]) Karl v. d. Steinen, ebenda S. 398.

[18]) Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde Brasiliens. In den Veröffentlichungen aus dem königlichen Museum für Völkerkunde. II. Bd. S. 28.

§ 4.

II. Organisation nach dem vaterrechtlich-geschlechtsgenossenschaftlichen Princip.

Es war schon oben gesagt, dass das vaterrechtlich-geschlechtsgenossenschaftliche Princip auf die Organisation der Bevölkerung des tropischen Amerikas niemals einen solchen Einfluss hat ausüben können, dass die Entwickelung in ihrer weiteren Ausbildung auf den auf diesem Princip beruhenden Geschlechterstaat hätte hinzielen können. Die Gewalt des Familienhauptes ist zwar innerhalb seiner Familie eine grosse, aber eine weiter gehende Organisation ist schon deshalb auf dieser Grundlage nicht möglich, weil der Sohn bei der Verheirathung entweder selbstständig wird, oder in die Familie des Schwiegervaters übergeht[19]).

Wir finden keine Beweise dafür vor, dass die gemeinsam in einer Hütte wohnenden mehreren Familien gerade die durch ein engeres Verwandtschaftsband mit einander verknüpften sind und dementsprechend der Vorsteher dieser Hausgemeinschaft, dem als solchem eine gewisse Autorität zusteht, zugleich das Familienoberhaupt der unter sich vereinigten Familien ist[20]). Wir müssen vielmehr annehmen, dass diese Hausgemeinschaft nur einen Theil der Dorfgemeinschaft als solcher repräsentirt, die sich eben da, wo sie von grösserem Umfange ist, anstatt in einer in mehreren Hütten anbaut. Bei den Uaupes[21]) finden wir mehrfach die ganze Dorfgemeinschaft in einem grossen gemeinsamen Hause wohnen. Hiernach gehört also die nähere Beschreibung der Hausgemeinschaft nicht hierher, sondern in den nächsten Abschnitt, der von der Organisation nach dem Territorialprincip handelt.

---

[19]) Siehe unten.

[20]) Vgl. Post, Studien zur Entwickelungsgeschichte des Familienrechts S. 50.

[21]) Martius, Zur Ethnographie S. 597.

Nur da, wo die Bevölkerung familienweis getrennt wohnt, wie wir es z. B. bei den Paressi[22]), den Guachi[23]), den Mauhes[24]) und theilweise auch bei den Indianern von Britisch-Gujana finden, ist natürlich die Familie zugleich die oberste Rechtsgemeinschaft, der Familienvater Souverän.

§ 5.

III. Organisation nach dem Territorialprincip.

Die oberste Rechtsgemeinschaft ist mit den wenigen oben erwähnten Ausnahmen die Dorfgemeinschaft[25]), die in den meisten Fällen aus mehreren Hausgemeinschaften gebildet wird, die wieder meistens mehrere einzelne Familien umfassen[26]).

Es lässt sich schwer sagen, in wie weit die einzelnen Dorfgenossenschaften auf ein bestimmtes Territor, als etwas ihrem Herrschaftsbereich Unterworfenes Anspruch erheben, da einerseits die Sesshaftigkeit bei diesen Völkern nur eine sehr relative ist wegen der durch die vorliegenden Kulturverhältnisse bedingten Nothwendigkeit, seinen Wohnsitz von Zeit zu Zeit zu verlegen[27]), und da andererseits genug Land zum Roden

---

[22]) Martius, Zur Ethnographie S. 242.

[23]) Martius, Zur Ethnographie S. 244.

[24]) Martius, Zur Ethnographie S. 400.

[25]) Wie wohl überall hat bei den Karayas jede Dorfgemeinschaft ihren Namen. Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 28.

[26]) Vgl. Martius, Zur Ethnographie S. 597. 639. 699. 179. 221. 202. — Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern Centralbrasiliens (2. Aufl.) S. 62. — Derselbe, Durch Centralbrasilien S. 162. — Bei den Karayas am Rio Araguaya zählte Ehrenreich im ersten Sambioadorf 60, im zweiten 30, im dritten 45 und im vierten 90 Hütten, deren jede von einer oder zwei Familien bewohnt war. Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 13. Bei den Ipurinas oder Kungitis zählt ein Dorf selten mehr als 6—8 Familien, die in der Regel zwei grosse Hütten bewohnen. Derselbe, Beiträge zur Völkerkunde S. 60. Bei den Wapisianas: Schomburgk, Reisen in Britisch-Gujana II S. 41.

[27]) Vgl. z. B. Martius, Zur Ethnographie S. 201.

vorhanden ist. Bei derartigen Völkern erstrekt sich eben die Herrschaft der obersten Rechtsgemeinschaft über dasjenige Land, welches sie zur Zeit zum Gegenstande kultureller Ausnutzung gemacht haben.

Wenden wir uns der Organisation dieser Dorfgemeinschaft zu, so handelt es sich zunächst darum, das Verhältniss der einzelnen Leiter der Hausgenossenschaften zum eigentlichen Dorfhäuptling festzustellen. An mehreren Stellen ist bei Karl von den Steinen[28]) von mehreren Häuptlingen[29]) innerhalb eines Dorfes die Rede, aber immer ist es nur einer, der nach aussen hin repräsentirt. Da nun in einem Falle[30]) die Zahl (3) der genannten Häuptlinge genau mit der der Häuser des Dorfes übereinstimmt, ein anderes Mal[31]) der Bakairi Tumayaua Dorfhäuptling und Hauptbewohner der einen Hütte zugleich ist, so wird sich das Verhältniss dahin bestimmen lassen, dass diese mehreren in einem Dorfe genannten Häuptlinge eben die Hauptbewohner oder Leiter der Hausgenossenschaften sind, von denen einem als primus inter pares, als Dorfhäuptling, die Leitung der ganzen Dorfgemeinschaft obliegt.

§ 6.

Häuptling, Zauberer und Versammlung.

Bei der Beschreibung der Obliegenheiten und Machtbefugnisse des Dorfhäuptlings müssen wir von diesem den von mehreren, gemeinsam in den Kampf ausziehenden Gemeinschaften aus der Mitte ihrer Häuptlinge gewählten Anführer unterscheiden, dessen Auftreten wenigstens in den gegenwärtigen Verhältnissen wohl nur eine vorübergehende Erscheinung ist[32]), wovon noch unten zu sprechen ist.

---

[28]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 285 u. 98.

[29]) Vgl. Johannes Staden, in Dietrich Bry, Brasilien (Frankf. 1593) S. 74.

[30]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 98.

[31]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 61.

[32]) Vgl. Everhard im Thurn S. 211.

Im Frieden ist die Repräsentation nach aussen eine Hauptobliegenheit des Dorfhäuptlings, womit dann die Erweisung von Gastlichkeit den Abgesandten anderer benachbarter Stämme gegenüber verbunden ist[33]. Im Uebrigen liegt ihm die Leitung der gemeinsamen Pflanzung, sowie der ganzen gemeinsamen Wirthschaft ob[34]. Ferner organisirt er die gemeinsam von der Dorfgemeinschaft unternommenen Jagdpartien und Fischzüge[35], bestimmt die Lagerplätze und Pflanzungsstellen[36] und schliesst Tauschgeschäfte für die Gemeinde ab[37]. Bei den Makusis beruft er die Versammlungen der Dorfgenossen, sobald das Allgemeinwohl solche verlangt[38]. Bei den Karayas werden die Waisen und die unehelichen Kinder seiner Fürsorge übertragen[39]. Auch schlichtet der Häuptling häufig die Streitigkeiten zwischen den Gemeindegenossen[40]. Nach Martius liegt es, wenn eine Tödtung von einem Gemeindegenossen an einem solchen geschehen ist, in der Macht des Häuptlings, die Blutrache zuzulassen oder sie zu verhindern.

---

[33]) Vgl. Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 285. — Martius, Zur Ethnographie S. 62. — Bei den Makusis: Schomburgk, Reisen in Britisch-Gujana II S. 321.

[34]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 285. — Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 28.

[35]) Everhard im Thurn S. 211. — Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 29.

[36]) Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 29.

[37]) Wie wichtig diese letztere Obliegenheit sein kann, ist daraus ersichtlich, dass z. B. bei den Karayas am Rio Araguaya „die persönlichen Eigenschaften, denen der Häuptling heutzutage seine Würde verdankt, weniger kriegerische Tüchtigkeit als die im Verkehr mit den Weissen nöthige Gewandtheit, Erfahrung und Sprachkenntniss sind. So können selbst in den Stamm aufgenommene Kriegsgefangene, die sich hierin auszeichnen, zu dieser Stellung gelangen." Ehrenreich, Beiträge S. 29.

[38]) Schomburgk, Reisen in Britisch-Gujana II, 321.

[39]) Ehrenreich, Beiträge zur Ethnographie S. 27.

[40]) Martius, Zur Ethnographie S. 102. — Everhard im Thurn S. 211. — Ehrenreich, Beiträge zur Ethnographie S. 29.

„Auch kann er, wenn keine Verwandten da sind, die Sache zu der seinigen machen und den Todtschläger verfolgen“[41]). Jedoch reicht in anderen Fällen wiederum das Ansehen des Häuptlings nicht aus, Streitigkeiten innerhalb seiner Gemeinde zu schlichten[42]). Wie denn überhaupt sein Einfluss sich vor Allem nach seinen persönlichen Eigenschaften bemisst und danach ein sehr verschiedener sein kann[43]). Vor Allem ist die Art der Ausübung seiner Machtbefugnisse in Kriegszeiten eine bei weitem andere als in Friedenszeiten[44]). Während er im Frieden in den ihm zukommenden Angelegenheiten mehr als Berather denn als Befehlshaber auftritt, ist er im Kriege oft ein Herrscher von grosser Machtvollkommenheit, mit dem Rechte über Leben und Tod der einzelnen Krieger[45]).

Es kommt häufig vor, dass die Gemeinde, wenn sie mit ihrem Häuptlinge unzufrieden ist, sich dadurch hilft, dass sie sich von ihm trennt und einfach an einen anderen Ort zieht[46]).

Von regelmässigen Abgaben an den Häuptling ist keine Rede[47]), wohl aber müssen ihm seine Dorfgenossen manche Gegenstände, die sie erhalten, sowie einen Antheil der Beute vom Fischfang und von der Jagd abtreten[48]). Bei gemein-

---

[41]) Martius, Zur Ethnographie S. 130.

[42]) Martius, Zur Ethnographie S. 325.

[43]) Martius, Zur Ethnographie S. 62. — Prinz v. Neuwied, Reise II S. 3. — Everhard im Thurn S. 212. — Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 285 u. 387. Vgl. Martius, Zur Ethnographie S. 191. 316. 421. 325. — Bei den Warraus: Schomburgk, Reisen I, 169.

[44]) Bei den Makusis: Schomburgk, Reisen II, 321.

[45]) Martius, Zur Ethnographie S. 218. 68. 646. — Bei den Warraus: Schomburgk, Reisen I, 169.

[46]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 285. — Post, Grundriss der ethnol. Jurisprudenz I, 391. — Post, Die Anfänge des Staats- und Rechtslebens S. 126. — Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 29.

[47]) Vgl. Martius, Zur Ethnographie S. 69.

[48]) Martius, Zur Ethnographie S. 646. — Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern 285. 286. 80.

samen Jagden ist sein Antheil der Beute ein grösserer als der der Anderen[49]).

Von den Jumanas und den Colino wird berichtet[50]), dass ihr Häuptling ein ius primae noctis habe.

Auszeichnungen des Häuptlings finden sich ferner in seiner Tracht[51], bei den Uaupes auch in seiner Wohnung[52]), ferner bei seinem Begräbniss[53]) und endlich darin, dass er mehrfach als einziger in Polygamie lebt[54]).

Wo von der Erblichkeit der Häuptlingswürden die Rede ist, wird diese meist bejaht, so von Karl von den Steinen bei den Xinguvölkern[55]) und den Bororos[56]). Von Martius bei den Westtupis[57]) und den Uaupes [58]). Verneint wird sie dagegen bei den Crens[59]) und den Coroados[60]). Die Regeln, nach welchen die Erbfolge geschieht, werden später angeführt werden.

Bei den Xinguvölkern kann, wie Karl von den Steinen vermuthet, für die Zeit der Abwesenheit des Häuptlings seine Autorität einem Vicehäuptling übertragen werden[61]). Bei ebendenselben hatte in einem Dorfe, als der Häuptling gestorben war, der Bruder der Witwe die Leitung, bis durch die Verheirathung der Tochter des Verstorbenen in dem Manne derselben der eigentliche Nachfolger vorhanden war[62]). Bei den

---

[49]) Martius, Zur Ethnographie S. 69.

[50]) Martius, Zur Ethnographie S. 485 u. 428.

[51]) Vgl. Martius, Zur Ethnographie 321. 569. — Prinz v. Neuwied, Reise II S. 12. — Bei den Makusis: Schomburgk, Reisen II S. 322.

[52]) Martius, Zur Ethnographie S. 597.

[53]) Z. B. Martius, Zur Ethnographie S. 635. 404.

[54]) Z. B. Martius, Zur Ethnographie S. 217.

[55]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 285.

[56]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 387.

[57]) Martius, Zur Ethnographie S. 218.

[58]) Martius, Zur Ethnographie S. 596.

[59]) Martius, Zur Ethnographie S. 325.

[60]) Spix und Martius, Reise I S. 380.

[61]) Karl v. d. Steinen, Durch Centralbrasilien S. 177.

[62]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 286.

Arekunas führte nach Schomburgk während der Abwesenheit eines Häuptlings dessen Schwester den Oberbefehl[63]).

Beschränkungen erfährt die Machtbefugniss des Dorfhäuptlings durch die bald mehr bald weniger hervortretende Autorität des Zauberers, dessen Wirksamkeit sich neben seinen anderen Geschäften oft in mancherlei Beziehungen auch auf die Regelung der Gemeindeangelegenheiten erstreckt[64]). In dieser Hinsicht sehen wir die Person des Paje da auftreten, wo es sich um Verhältnisse handelt, die mit den religiösen Ideen irgendwie in Zusammenhang stehen. So wird auf seinen Antrag die Todesstrafe über Frauen verhängt, die das Verbot, bei gewissen Tänzen zugegen zu sein, verletzt haben[65]). Auf seine Aufforderung zieht die Gemeinde aus in den Krieg, um das Blut getödteter Gemeindegenossen zu rächen[66]). Ausserdem giebt der Paje den Kindern häufig ihren Namen[67]) und wirkt bei den Mannbarkeitsceremonien mit[68]). Auch steht ihm mehrfach das ius primae noctis zu[69]).

Bei den Warraus hat nach Schomburgks Bericht[70]) jede Dorfgemeinschaft ihren Paje, dessen Amt sich auf den ältesten Sohn vererben soll und in Ermangelung eines solchen auf eine vom Vorgänger erwählte Person übergeht[71]). Von anderen

---

[63]) Schomburgk, Reise II, 344.

[64]) Martius, Zur Ethnographie S. 76. 78. 394. 510. 646. 695. — Everhard im Thurn S. 211. — Spix und Martius, Reise I S. 380. — Johannes Staden, in Dietrich Bry, Brasilien (Frankf. 1593) S. 79.

[65]) Martius, Zur Ethnographie S. 512.

[66]) Johannes Staden S. 79.

[67]) Martius, Zur Ethnographie S. 428. 695. — Everhard im Thurn S. 220.

[68]) Martius, Zur Ethnographie S. 644.

[69]) Martius, Zur Ethnographie S. 113. — Post, Studien zur Entwickelungsgeschichte des Familienrechts S. 342. — Waitz, Anthrop. III S. 389.

[70]) Schomburgk, Reisen I, 170.

[71]) Schomburgk, Reisen I, 172. — Ebenso bei den Makusis: Schomburgk, Reisen I, 423.

Stämmen wird berichtet, dass die Thätigkeit des Paje sich über mehrere Dorfgemeinschaften erstrecken kann und jener dann bei diesen herumzieht, wobei er durch Geschenke für seine Bemühungen belohnt wird[72].

Zur Berathung gemeinsamer Angelegenheiten, wie gemeinsamer Jagden und Fischzüge oder eines Kriegszuges, oder, wenn es sich um die Ausführung der Blutrache handelt, können vom Dorfhäuptling Versammlungen einberufen werden, in denen jeder Familienvater erscheinen kann[73].

Bei den Arekunas musste, als es sich um den Verkauf eines Theils der Pflanzung handelte, die Entscheidung von der Versammlung ausgehen[74].

Bei den Makusis unterwerfen sich mehrfach die streitenden Parteien dem Ausspruch der Versammlung[75].

§ 7.

Anfänge völkerrechtlicher Verbindungen.

Zwischen diesen einzelnen soeben in ihrer rechtlichen Organisation geschilderten Dorfgemeinschaften, und zwar nicht nur denen eines Stammes, sondern oft auch zwischen denen mehrerer verschiedener Stämme herrschen oft wichtige Beziehungen[76], in denen an vielen Stellen wohl die Anfänge völkerrechtlicher Verbindungen zu sehen sind[77]. Da viele Gemeinden auf die Erzeugnisse ihrer Nachbarn angewiesen sind, so werden diese Beziehungen schon vor Allem durch die Nothwendigkeit des Tauschverkehrs erheischt[78]. Ferner sind

---

[72]) Joh. Staden S. 79. — Martius, Zur Ethnographie S. 394.

[73]) Martius, Zur Ethnographie S. 65 u. 66.

[74]) Schomburgk, Reisen II, 237.

[75]) Schomburgk, Reisen II, 321.

[76]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 146. 127. 81.

[77]) Vgl. Martius, Zur Ethnographie 58.

[78]) Vgl. Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 287. 196. 203. 207. 369.

es die gemeinsam ausgeführten Actionen gegen einen gemeinsamen Feind, welche oft verschiedene Gemeinden in ein engeres Verhältniss zu einander treten lassen[79]), welches letztere wohl auch dahin führen kann, dass aus den Reihen ihrer Häuptlinge einer als gemeinsamer Anführer auserwählt wird[80]). Martius sagt[81]), dass diese Wahl nicht nur aus den Häuptlingen stattfindet, sondern auch durch diese, ohne Zuziehung der Gemeinde.

B. Personenrecht.

§ 8.

I. Sklaverei.

Kriegsgefangene, soweit sie nicht getödtet werden, gerathen in ein sklavenartiges Verhältniss. Und zwar ist die Kriegsgefangenschaft die einzige Gelegenheit, durch die Jemand seine persönliche Freiheit verlieren kann[82]). Der Sklave wird entweder an benachbarte Stämme verkauft[83]), oder von der Gemeinschaft als solcher, oft unter schlechter, oft aber auch unter guter[84]) Behandlung zu Dienstleistungen verwendet[85]). Auch kommt es vor, dass Kriegsgefangene, und zwar häufig solche, die bei einem Ueberfalle gefangen wurden, in die Gemeinschaft aufgenommen werden[86]), diese machen dann aber wie z. B. bei den Uaupes eine niedere Kaste der Bevölkerung aus[87]).

---

[79]) Vgl. Martius, Zur Ethnographie S. 57.

[80]) Schifffahrten Johannis Lerij nach der Landschaft Brasilien in Amerika. Bei Bry, Brasilien III S. 187. — Vgl. Post, Grundriss der ethnolog. Jurisprudenz I S. 397.

[81]) Martius, Zur Ethnographie S. 68.

[82]) Vgl. Martius, Zur Ethnographie S. 72. 74.

[83]) Martius, Zur Ethnographie S. 466. 551. 646.

[84]) Martius, Zur Ethnographie S. 73. 699. — So sind unter den Kariben Sklaven. Schomburgk, Reisen II, 430.

[85]) Ehrenreich, Ueber seine Reise vom Paraguay zum Amazonas. In den Verhandlungen der Gesellschaft für Erdkunde (1889) S. 445.

[86]) Martius, Zur Ethnographie S. 392.

[87]) Martius, Zur Ethnographie S. 73.

§ 9.

II. Namensgebung und Erklärung der Mannbarkeit.

Das Kind erhält bald nach der Geburt seinen Namen und zwar wohl meistens den eines Verwandten, welches bei den Bakairi nicht der Vater sein darf[88]. Gewöhnlich ist wohl der Vater der Ertheiler dieses Namens, doch werden hier auch andere Verwandte, wie der Grossvater[89] oder auch der Paje genannt. Der so erhaltene Name ist nicht ein dauernder, sondern wird bei der Emancipation[90], der Verheirathung[91] oder auch nach vollbrachter Heldenthat[92] und endlich bei Gelegenheit des Namensaustausches[93], wodurch unter den betheiligten Personen ein besonders intimes Verhältniss, eine Art Wahlbrüderschaft, hervorgerufen wird, gewechselt.

Die rechtliche[94] Fähigkeit sich zu verheirathen erhalten Jüngling und Jungfrau, nachdem die bei den Anzeichen der natürlichen Fähigkeit gebräuchlichen Ceremonien erfolgt sind. Diese Ceremonien, oft mit den härtesten Prüfungen[95] für beide Geschlechter, wie Geisselung, Ameisenbissen und

---

[88]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 289. 391. — Johannes Staden S. 77.

[89]) Martius, Zur Ethnographie S. 643. — Vgl. Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 289.

[90]) Martius, Zur Ethnographie S. 122. — Johannes Staden S. 77.

[91]) Martius, Zur Ethnographie S. 115.

[92]) Martius, Zur Ethnographie S. 393. 122. — Johannes Staden S. 77.

[93]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 289. 145. 150. — Post, Studien S. 33. — Waitz, Anthrop. III S. 388. — Post, Grundriss der ethn. Jurisprudenz I, 96.

[94]) Vgl. Martius, Zur Ethnographie S. 645, wo gesagt ist, dass die Tochter oft schon am Tage nach erfolgter Ceremonie vermählt wird. Ausserdem S. 111.

[95]) Martius, Zur Ethnographie S. 11. 219. 403. 510. 599. 631. 644. — Bei den Makusis: Schomburgk, Reisen II S. 316. 317.

strengem Fasten verbunden, sind nach Martius mehr Sache der Gemeinschaft, als der einzelnen Familie[96]).

C. Familienrecht.

§ 10.

Verhältniss zwischen Mutter- und Vaterrechtsprincip.

Dem Ineinanderlaufen der verschiedenen Organisationsprincipien, wie wir es oben geschildert haben, entspricht das eigenthümliche Mischverhältniss, welches wir bei den tropischen Stämmen Südamerikas in Bezug auf Mutter- und Vaterrecht vorfinden. Das Mutterrecht macht sich noch in bald mehr bald weniger kräftiger Weise geltend. So isst bei den Karayastämmen am Rio Araguaya der verheirathete Mann nicht mit seiner Familie zusammen, sondern mit der seiner verheiratheten Schwester und erhält bei Vertheilung der Jagdbeute seinen Antheil nicht im eigenen Hause, sondern in dem seiner Schwester. Bei denselben Stämmen sorgen für die Kinder eines Wittwers dessen Schwiegereltern, während der Wittwer selbst wieder in die Reihen der Junggesellen tritt[97]). Andererseits tritt wieder der Gedanke, dass der Vater und nicht die Mutter das bestimmende Element ist, offen zu Tage. Und zwar ist der Vater nach der Anschauung dieser Völker nicht nur künstlich kraft Rechtssatzes als der erheblichere Theil gedacht, sondern diese seine Stellung ist vielmehr auch durch mystische Beziehungen, die zwischen ihm und dem Kinde bestehen, natürlicher Weise gerechtfertigt. Je unentwickelter das Vaterrechtsprincip seinem geschichtlichen Vorgänger, dem Mutterrechtsprincip entgegentritt, um so krampfhafter werden die jene mystischen Beziehungen zum Ausdruck bringenden Gebräuche,

---

[96]) Vgl. jedoch Martius, Zur Ethnographie. Wo gesagt ist, dass die Geisselung der Jungfrauen bei den Naupes von den Mitgliedern der Familie gleichmässig vorgenommen wird, indem jedes einige Hiebe thut.

[97]) Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 27.

die man unter dem Namen Couvade zusammenfasst, geübt werden. Sie werden sich also am ausgeprägtesten gerade während jener Uebergangszeit zeigen, wo das eine Princip das andere abzulösen beginnt. Hiernach ist es eine für die diesbezüglichen Rechtsverhältnisse der tropischen Stämme Südamerikas überaus charakteristische Erscheinung, dass sich allgemein der Gebrauch der Couvade[98]) findet, und zwar oft in seiner strengsten Form, wo der Ehemann vor und nach der Geburt des Kindes in der Hängematte liegend förmlich das Wochenbett abhält und die Pflege der Wöchnerin und die Besuche der Nachbarn auf sich bezieht. Bei den Paumari am Rio Purus enthält sich nach der Geburt eines Kindes nicht nur der Vater, sondern auch dessen Schwiegervater, wenn er dasselbe Haus bewohnt, einige Zeit der Fleischnahrung[99]). Wie weit der Glaube an den mystischen Zusammenhang des Vaters mit dem Kinde geht, zeigt sich auch darin, dass der Vater die Medicin für sein krankes Kind einnimmt[100]), und vor Allem darin, dass bei den Tupinimba[101]) die Blutrache nicht nur an dem Kriegsgefangenen selber ausgeübt wird, sondern auch an dessen Sohn, den er mit einem ihm überlassenen Weibe gezeugt hat, und der extra zu dem Zweck grossgezogen wird, um später geschlachtet zu werden[101]).

Am entschiedendsten durchgedrungen ist das Vaterrechtsprincip in Bezug auf das Muntrecht. Der Familienvater ist allgemein durchaus Oberhaupt der Familie[102]), und als solchem

---

[98]) Vgl. Martius, Zur Ethnographie S. 219. 392. 402. 427. 428. 511. 588. 443. — Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 289 ff. — Everhard im Thurn S. 218. — Post, Grundriss der ethn. Jurisprudenz Bd. II S. 4. — Ehrenreich, Beiträge S. 29 (bei den Karayas), S. 66 (bei den Ipurinas). — Schomburgk, Reisen II S. 314 (bei den Makusis), S. 389 (bei den Wapisianas), S. 431 (bei den Kariben), S. 459 (bei den Arawaks).

[99]) Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 51.

[100]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 390.

[101]) Johannes Staden S. 84. — Johannes Leriy S. 198.

[102]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 286. — Ever-

steht ihm die eheherrliche Gewalt wie die väterliche Gewalt in ihrer vollen Ausdehnung zu. Beim Ehebruch seiner Frau, namentlich, wenn dieser im eigenen Hause geschieht, wendet der Mann die härtesten Strafen gegen seine Frau an[103]), andererseits verfügt er über den Leib seiner Frau, indem er sie Gästen anbietet[104]), sie zeitweise prostituirt oder sie auf Zeit einem anderen giebt[104]). Auch kann er seine Frau verkaufen, oder gegen eine andere umtauschen[105]). Als Vater geht sein Recht so weit, dass er seine Kinder verkaufen kann[106]). Ausserdem hat er meistens über die Heirath der Töchter zu bestimmen, was daraus hervorgeht, dass er die vom Schwiegersohn dargebrachten Gaben entgegennimmt[107]), und die von letzterem zu leistenden Dienste ihm und seiner Familie zu leisten sind[108]). Freilich zeigen sich auch hier schon Ausnahmen, indem bei den Guarayos die Brüder des Mädchens vorgehen[109]) und bei den Bororos die Brüder oder Brüder

---

hard im Thurn S. 222. — Martius, Zur Ethnographie S. 110. So auch bei den Karayas: Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 27.

[103]) „Die Weiber zeigten spannenlange Schnittwunden, die ihnen von ihren Männern zur Strafe für mancherlei Vergehen gelegentlich beigebracht werden.“ Ehrenreich, Land und Leute von Rio Doce, in den Verhandlungen der Gesellschaft für Erdkunde XIII (1886) S. 106. — Bei den Karayas: Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 27. „Ein ehebrecherisches Weib straft der Mann selbst durch Schläge oder Brennen mit glimmenden Holzscheiten. Bisweilen soll die Schuldige selbst dem Feuertode verfallen.“

[104]) Martius, Zur Ethnographie S. 118.

[105]) Martius, Zur Ethnographie S. 121. — Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 27 (bei den Karayas). — Post, Grundriss der ethn. Jurisprudenz 174. 175 (Bd. I). — Derselbe, Anfänge der St. und R. 97. 20. — Derselbe, Studien zur Entwickelung des Familienrechts S. 346. — Schomburgk, Reisen II S. 318 (bei den Makusis).

[106]) Martius, Zur Ethnographie S. 123. 322. — Post, Grundriss I S. 174. 175. — Derselbe, Anfänge S. 97.

[107]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 286.

[108]) Everhard im Thurn S. 222.

[109]) Martius, Zur Ethnographie S. 217.

der Mutter, also die mutterrechtlichen Vertreter, die Einnahmen an Pfeilen und Schmucksachen beziehen[110]. Und auch sonst tritt neben dem Vater bald mehr, bald weniger die Autorität, namentlich des Avunculus, hervor[111], der z. B. bei den Xinguvölkern schon bei Lebzeiten des Vaters als ein gleichwerthiger Beschützer des Kindes angesehen wird[112]. Vollends in ganz verschiedener Weise machen sich das Mutter- und das Vaterrechtsprincip dann geltend, wenn der Vater durch den Tod als Oberhaupt der Familie ausscheidet. Bei den alten Tupis[113], den Mundrukus[114] und den Mauhes[115] tritt der nächste männliche Verwandte, also zunächst der Bruder des Verstorbenen, dessen Rechte und Pflichten an, und zwar in dem Maasse, dass er die Wittwe heirathen muss — also auch hier die Leviratsehe! —, und dass er zu deren Kindern in ein väterliches Verhältniss tritt, so dass er z. B. eine Tochter des Bruders nicht heirathen darf, diese vielmehr dem mütterlichen Oheim zukommt. Auch bei den Aroaquis[116] und den Arawak[117] hat der nächste Verwandte des Mannes auf die Wittwe das nächste Anrecht. Bei den Calchaquis[118] gilt, wenn die Ehe mit dem Verstorbenen eine kinderlose war, der in der Leviratsehe Erzeugte als Sohn des Verstorbenen. Hiernach macht sich in allen diesen Fällen das Vaterrecht auch über den Tod des Vaters selbst hinaus geltend, was in directem Gegensatze zu dem steht, was Karl von den Steinen[119] von

---

[110]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 388.

[111]) Martius, Zur Ethnographie S. 352.

[112]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 286.

[113]) Martius, Zur Ethnographie S. 353. Noticia do Brazil cap. 157.

[114]) Martius, Zur Ethnographie S. 393.

[115]) Post, Die Geschlechtsgenossenschaft der Urzeit S. 23.

[116]) Martius, Zur Ethnographie S. 691.

[117]) Schomburgk, Reisen II S. 460.

[118]) Southey, Hist. of Bras. III p. 669. — Vgl. Post, Grundriss S. 133. Anfänge S. 15.

[119]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 286. Vgl. S. 61 ebenda.

den Xinguvölkern berichtet. Hier steht nur der Vater, nicht seine Verwandten zu der Familie in derartigen vaterrechtlichen Beziehungen. Wenn der Vater stirbt, tritt der Bruder der Mutter alle Vaterpflichten an für die Zeit, bis das Kind erwachsen ist; es tritt also nach dem Tode des Vaters subsidiär das alte Mutterrecht wieder ein.

Martius[120]) bestimmt die Dauer der väterlichen Gewalt dahin, dass sie beim Knaben bis zur Mannbarkeit und beim Mädchen bis zur Verheirathung dauere. Während das Erstere sich wohl in dieser Allgemeinheit aufrecht erhalten lässt, treten der zweiten Behauptung doch Ausnahmen entgegen, indem die väterliche Gewalt über die Tochter nach deren Verheirathung fortdauern kann und sich dann zugleich auf den Schwiegersohn erstreckt[121]). In den meisten Fällen scheint jedoch Letzterer nach der Verheirathung das Haupt einer selbstständigen Familie zu bilden[122]), und somit also die Tochter mit der Verheirathung aus der Muntgewalt ihres Vaters in die ihres Ehegatten zu treten.

Wohl überall gehört das Kind zum Stamme der Mutter[123]), was aber insofern nicht viel Bedeutung hat, als der Stamm als solcher wenigstens da, wo wir Näheres über die Verhältnisse wissen, nirgends mehr als Rechtsgemeinschaft in Betracht kommt.

Stammt die Mutter aus einer anderen Dorfgemeinschaft oder Hausgemeinschaft als der Vater, so ist natürlich für die Zugehörigkeit der Kinder zu diesen Rechtsgemeinschaften, dem Territorialprincip entsprechend, das thatsächliche Verhältniss

---

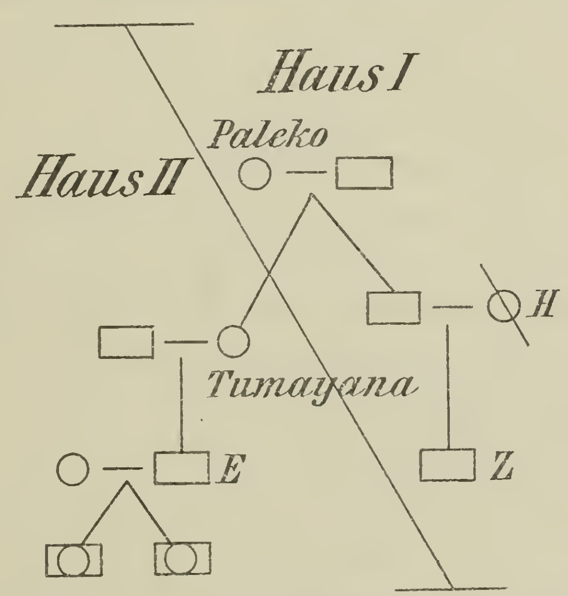
[120]) Martius, Zur Ethnographie S. 123.

[121]) So nach Everhard im Thurn bei den Stämmen in Britisch-Gujana S. 222.

[122]) Vgl. (bei den Mundrukus) Martius, Zur Ethnographie S. 393.

[123]) So bei den Völkern am oberen Xingu: Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 286. — Vgl. Post, Studien zur Entwickelung des Familienrechts S. 9. — So bei den Warraus: Waitz, Anthr. III S. 393. — Schomburgk, Reisen I S. 169. — Bei den Indianern von Britisch-Gujana vgl. Appun im Ausland (1872) S. 683. — Bei den Makusis: Schomburgk, Reisen II S. 314.

entscheidend, ob die Familie in der einen oder anderen Gemeinschaft sesshaft ist. In den erwähnten Fällen, wo der Schwiegersohn mit der Verheirathung in die Muntgewalt des Schwiegervaters tritt, fällt der Aufenthaltsort der Familie naturgemäss immer in den Bereich der Rechtsgemeinschaft, welcher der Schwiegervater angehört, aber auch sonst ist wohl der Fall der gewöhnlichere, dass der Ehemann seine Familie nicht am Orte seiner Eltern, sondern an dem seiner Schwiegereltern begründet, also mit seinen Kindern in die Rechtsgemeinschaft der Letzteren eintritt. So lässt sich aus der Schilderung[124]), welche Karl von den Steinen von den Verhältnissen



des ersten Bakairidorfes am Kulisehu giebt, schliessen, dass der Mann für gewöhnlich der Frau in ihre Hausgenossenschaft folgt. Anders liesse sich die Vertheilung der einzelnen in obenstehendem, aus den Schilderungen der Seiten 60 und 61 zusammengestellten Stammbäume angeführten Personen auf die beiden Wohnhäuser nicht erklären. Wir erfahren, dass P und seine Enkelin Z in dem einen Hause, T und seine Tochter E dagegen in dem anderen Hause wohnen. Das Entscheidende hierbei ist vor Allem, dass P und T, obgleich sie

[124]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 60 ff.

Vater und Sohn sind, nicht in demselben Hause wohnen. Dies lässt sich nur so erklären, dass T seiner Frau in das andere Haus gefolgt ist. Andererseits ist es der aufgestellten Regel durchaus entsprechend, dass die Z, also wohl auch ihre Eltern, in einem Hause mit dem Grossvater P wohnen und dass die E mit ihrem Manne im Hause ihres Vaters T wohnt. Auch bei den Ges oder Crans wohnt der Ehemann noch nach der Hochzeit in der Hütte des Schwiegervaters[125]). Ebenso schildert Schomburgk uns bei den Warraus[126]) einen Fall, wo der Häuptling mit seinen beiden Schwiegersöhnen in einem Hause wohnt, und ebenfalls, dass ein Makusi sich bei seinem Schwiegervater, einem Arakuna, niedergelassen hat[127]).

§ 11.
Erbfolge.

Die Erbfolge in das Vermögen kommt bei den hier in Frage stehenden Völkern kaum in Betracht, da die wenigen Objecte, welche überhaupt Gegenstand des Individualeigenthums sind, meist dem Todten fürs Jenseits bestimmt werden, indem man sie verbrennt oder mit dem Leichnam vergräbt[128]). Auch ist nichts Näheres über dieselben berichtet.

Wo die Häuptlingswürde erblich ist und uns über die Erbfolge berichtet ist, macht sich das Mutterrecht bald mehr, bald weniger geltend. Bei Stämmen in Britisch-Gujana ist die Erbfolge reine Mutterrechtserbfolge, es folgt also dem Herrscher dessen Bruder von gleicher Mutter oder sein Schwestersohn[129]). Bei den Warraus[130]) folgen dem verstorbenen Häuptling nach

---

125) Martius, Zur Ethnographie S. 290.

126) Schomburgk, Reisen I, 185.

127) Schomburgk, Reisen II, 211.

128) Vgl. z. B. Martius, Z. Etn. S. 485. 594. 595. 596. — Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 391 ff.

129) Post, Studien zur Entwickelung des Familienrechts S. 17. — Appun, Ausland (1872) S. 683.

130) Schomburgk, Reisen I, 169.

Schomburgk nicht dessen Söhne, sondern die Söhne seiner Töchter. Bei den Uaupes wird die Häuptlingswürde in männlicher Linie vererbt, oder durch Töchter auf deren Gatten übertragen [131]). Bei den Völkern am oberen Xingu erbt ebenfalls zunächst der Sohn [132]) oder, wo ein solcher nicht vorhanden, der Mann der Tochter. Subsidiär tritt auch hier die Mutterrechtserbfolge ein, indem beim Mangel der genannten Erbfolger der Sohn der Schwester der Berechtigte ist [132]).

§ 12.

Ueber die Arten der Ehe.

Die Gruppenehe, wie sie ursprünglich mit dem Totemismus verbunden ist, finden wir in ihrer eigentlichen Form nicht mehr vor [133]). Nur von jener interessanten Uebergangsform derselben zur Individualehe, wo die meisten Familien der Einzelehe verfallen, während unter den übrigen Individuen eine allgemeine Promiscuität statthat, wird uns von Karl von den Steinen bei den Bororos [134]) berichtet. Während bei diesem Stamme die älteren Genossen in der polygamisch-monandrischen Eheform leben, besteht ebenfalls als gültiges Rechtsinstitut die Gruppenehe in der Form allgemeiner Promiscuität bei den in dem Männerhause vereinigten Männern. Und zwar wird ein bestimmter Theil der Mädchen von ihren Eltern dem Männerhause überlassen und ist damit von der Heirath an einen Einzelnen ausgeschlossen. Diese Mädchen stehen den Genossen des Männerhauses frei nach deren Belieben zur Verfügung, werden von diesen gewaltsam ins Männerhaus geschleppt [135]) und gemeinschaftlich benutzt. Die

---

[131]) Martius, Zur Ethnographie S. 596. — Post, Studien S. 17.

[132]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 285. 286.

[133]) Vgl. Martius, Zur Ethnographie S. 121.

[134]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 388. 389. Vgl. die ähnlichen Verhältnisse bei den Karayas am Rio Araguaya bei Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 28.

[135]) Vgl. Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 368.

verheiratheten Frauen sind von der Theilnahme an der Promiscuität ausgeschlossen, ob dies auch bei den verheiratheten Männern, die ja auch zur „aroe“ gehören, der Fall ist, lässt sich aus dem vorliegenden Material nicht entscheiden.

Während bei den Völkern des oberen Xinguflusses[136]), ferner den Paressi[137]), den Chavantes[138]), den eigentlichen Ges oder Crans und den Chambioas[139]) die monogamische Eheform die allein vorkommende ist, scheint im Allgemeinen bei den meisten Völkern des tropischen Südamerika das Verhältniss in dieser Hinsicht so zu liegen, dass dem Einzelnen freisteht, eine oder mehrere Frauen zu haben, und dass danach ihres grösseren Einflusses wegen vor Allem die Häuptlinge mit einer grösseren Anzahl Frauen versehen sind[140]).

Ueber die Frage, in wie weit die Exogamie bei unseren Stämmen aufrecht erhalten wird, lassen sich nach dem hierüber vorhandenen Material nur wenige Gesichtspunkte aufstellen[141]). Da, wo der Totemismus und mit ihm das Mutterrecht noch eine gewisse Geltung hat, wie bei den Arawaks in Gujana, ist natürlicher Weise eine Heirath mit Verwandten der Mutter ausgeschlossen, während bei Verwandten

---

[136]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 368. 286.

[137]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern (I. Aufl.) S. 434.

[138]) Martius, Zur Ethnographie S. 274.

[139]) Castelnau, Expédition dans les parties centrales de l'Amérique du Sud. Bd. I S. 446.

[140]) Vgl. Martius, Zur Ethnographie S. 104. 217. 305. 322. 332. 404. 411. 511. 589. 606. 632. 642. 744. — Bei den Jurunas: Karl v. d. Steinen, Durch Centralbrasilien S. 240. — Bei den Bororos: Derselbe, Unter den Naturvölkern S. 388. — Prinz v. Neuwied, Reise II S. 38. — Bei den Chriguanos: Castelnau, Expédition VI S. 56. — Post, Studien zur Entwickelung des Familienrechts S. 64. — Waitz III S. 423. — Post, Geschlechtsgenossenschaft S. 39. — Bei den Warraus: Schomburgk, Reisen I S. 164. — Bei den Makusis: Schomburgk, Reisen I S. 358. — Bei den Wapisiana: Schomburgk, Reisen II S. 43. — Bei den Kariben: Schomburgk, Reisen II S. 428.

[141]) Vgl. Post, Geschlechtsgenossenschaft S. 50.

des Vaters kein Hinderniss besteht[142]). Wo aber mit dem Totemismus auch die dieses Princip ermöglichende Schranke gewisser Eheverbindungen fortgefallen ist, scheint sich wenigstens allgemein keine neue zur Aufrechterhaltung der Exogamie gebildet zu haben. Nur, dass der väterliche Oheim, der, wie schon oben erwähnt wurde, in ein väterliches Verhältniss zu seiner Nichte tritt, seine Nichte nicht heirathen darf, ist mehrfach bezeugt. So bei den Makusis[143]), bei den Mundrukus[144]) und bei den alten Tupis[145]). Bei letzteren war auch wenigstens die Ehe mit der Mutter, Schwester oder Tochter ausgeschlossen[146]). Wie sehr jedoch die alte mutterrechtliche Schranke in Bezug auf Eheverbote im Allgemeinen verloren gegangen ist, geht daraus hervor, dass häufig gerade der mütterliche Oheim als der zur Heirath seiner Nichte zunächst Berechtigte — oder gar Verpflichtete — angesehen wird, wie bei den Makusis, den Mundrukus und den alten Tupis[147]). Bei letzterem Stamme hat beim Fehlen des mütterlichen Oheims der dann folgende nächste mütterliche Verwandte die Pflicht zur betreffenden Heirath. Auch wird von den Icannas[148]) berichtet, dass sie Ehebündnisse auch in nahen Verwandtschaftsgraden eingehen. Da bei den Bororos, deren eigenartige Eheverhältnisse schon oben Besprechung gefunden haben, keine besonderen Abtheilungen innerhalb der Gemeinschaft vorhanden sind, so stammen jedenfalls die Theilhaber an der Promiscuität aus denselben Familien, ja zum

---

142) Everhard im Thurn S. 185. — Vgl. Post, Geschlechtsgenossenschaft S. 49 u. 50. — Derselbe, Grundriss zur ethn. Jurisprudenz I S. 37.

143) Schomburgk, Reisen II S. 318. Martius, Zur Ethnographie S. 645.

144) Martius, Zur Ethnographie S. 393.

145) Martius, Zur Ethnographie S. 353. Noticia do Brazil cap. 157.

146) Vgl. Post, Studien S. 222. — Derselbe, Geschlechtsgenossenschaft S. 53.

147) Vgl. Post, Studien S. 226.

148) Martius, Zur Ethnographie S. 602.

Theil, wenn auch bei der gerade bei den fürs Männerhaus bestimmten Frauen häufigen Sitte der Abtreibung[149]) zum kleineren Theil, aus dieser Promiscuität selber[150]).

§ 13.

Ueber die Arten der Eheschliessung.

Ein Vergleich der verschiedenen Eheschliessungsarten, wie sie bei den hier in Betracht kommenden Völkern vorkommen, führt zu interessanten Ergebnissen. Fast bei allen Stämmen ist der Frauenraub in der Form, dass die Weiber besiegter oder überfallener Nachbarstämme zu Frauen gemacht werden, üblich[151]). Im Ganzen aber tritt diese Form hinter anderen Formen zurück, die theils den Charakter eines Frauenkaufes an sich tragen, theils darin bestehen, dass der betreffende Bewerber dem Schwiegervater Dienste leistet, bevor er die gewünschte Frau erhält, oder endlich darin, dass die mehreren Bewerber einen Wettkampf eingehen, wo dann die Jungfrau den Preis für den Sieger darstellt.

Aus den verschiedenen Entwickelungsformen sowie Uebergangsformen der drei letztgenannten Eheschliessungsarten lässt sich leicht erkennen, dass sie mit der Raubehe absolut gar nicht in Zusammenhang stehen, dass also die beiden ersteren keineswegs als aus einem Entgelt entstanden gedacht werden dürfen, der etwa zur friedlichen Ausgleichung der durch einen Frauenraub verursachten Feindseligkeiten dargebracht würde. Das Annehmen einer derartigen Busse für empfangene Gewaltthätigkeiten ist diesen Völkern ganz fremd. Ebenso ist

---

[149]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 390.

[150]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 388. 389.

[151]) Martius, Zur Ethnographie 107. 372. 409. 551. 620. 738. — Everhard im Thurn S. 186. — Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 286. — Post, Geschlechtsgenossenschaft S. 55. — Derselbe, Grundriss zur ethn. Jurisprudenz I S. 262. 263. — Derselbe, Anfänge S. 209.

der vor der Eheschliessung stattfindende Wettstreit bei diesen Völkern nicht als eine Reminiscenz an die Kämpfe, die bei der Form der Raubehe stattfinden, anzusehen. Wie ich glaube, haben wir die Entwickelung in diesem Falle ganz anderswo zu suchen.

In den ersten Stadien der Entwickelung haben einerseits die Gaben, welche der Bewerber der Braut dem Schwiegervater bringt, und ebenfalls die Dienste, welche er demselben leistet, keineswegs vornehmlich den Charakter einer Werthleistung. Es handelt sich zunächst darum, dass der Bewerber sich dem Schwiegervater gegenüber als fähig erweist, die Pflichten eines Familienvaters erfüllen zu können[152]. Als ein Zeichen solcher Fähigkeit ist es daher anzusehen, wenn bei den Puris, den Coroados und den Coropos[153], sowie bei den Makonis[154] und den Karaya am Rio Araguaya[155] der Bewerber der Braut dem Schwiegervater Wildpret und Früchte darbringt. Auch bei den Jumanas[156] bestehen die dargebrachten Geschenke meistens in Lebensmitteln und bei den Aroaquis muss der Jüngling schon lange Zeit vor der Ehe für seine Frau jagen und alle Sorgen des Familienvaters tragen[157], was Alles unter dem hier aufgestellten Gesichtspunkte, dass er sich als fähig für die ihm obliegenden Pflichten zeigen muss, am leichtesten verständlich ist. In ähnlicher Weise muss der Bewerber gewisse Proben dafür ablegen, dass er die ihm als Ehemann obliegenden Geschäfte der Landwirthschaft verrichten kann. Eine solche Probe besteht bei den Makusis[158]

---

[152]) So bei den Makusis: Schomburgk, Reisen II S. 317. — Bei den Uaupes: Martius, Zur Ethnographie S. 600.

[153]) Martius, Zur Ethnographie S. 109. — Spix und Martius, Reise in Brasilien I S. 381. — Vgl. Post, Geschlechtsgenossenschaft S. 65.

[154]) Spix und Martius, Reise in Brasilien II S. 492.

[155]) Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 29.

[156]) Martius, Zur Ethnographie S. 485.

[157]) Martius, Zur Ethnographie S. 688.

[158]) Schomburgk, Reisen II S. 317. — Martius, Zur Ethnographie S. 645.

darin, dass er ein Stück Feld reinigen und einen Baum umhauen muss. Bei den Mauhes[159]), wo die Emancipation mit den härtesten Prüfungen verbunden ist, bietet ein standhaftes Erdulden der Prüfungen schon genug Garantie für die Tüchtigkeit des jungen Bewerbers; er hat daher ohne Weiteres einen Anspruch auf das erste Mädchen, das ihm nach vollendeter Prüfung begegnet.

Mit demselben Gedanken hängt es meiner Ansicht nach zusammen, wenn häufig bei jenen Stämmen derjenige unter den Bewerbern die Braut erhält, welcher bei einem von diesen gemeinsam veranstalteten Wettkampf den Sieg davonträgt[160]). Der Sieg über seine Genossen ist für den Schwiegervater eine hinreichende Garantie der Tüchtigkeit. Der Wettstreit kann in der verschiedensten Form vor sich gehen. So ist bei den Muras ein Faustgefecht der sämmtlichen Liebhaber üblich[161]). Bei den Chavantes[162]) fällt der Siegespreis dem zu, der einen schweren Holzblock am weitesten tragen oder im Laufe aufraffen und am weitesten werfen kann.

Es ist leicht begreiflich, dass die dem Schwiegervater als Garantie der Fähigkeit dargebrachten Gaben oder geleisteten Dienste allmälig mit der weiteren Ausbildung des Werthbegriffes mehr und mehr den Charakter einer Werthleistung annehmen, während Hand in Hand damit der ursprüngliche Gesichtspunkt mehr in den Hintergrund tritt. Jetzt also wird die Arbeit des Bewerbers im Hause des Schwiegervaters zur Dienstleistung, die als Gegenleistung für die Hingabe der Tochter aufgefasst wird[163]). Die Gaben, die der Schwieger-

---

159) Martius, Zur Ethnographie S. 403.

160) Martius, Zur Ethnographie S. 509. 411. 111.

161) Martius, Zur Ethnographie S. 411.

162) Spix und Martius, Reise in Brasilien S. 574. — Martius, Zur Ethnographie S. 111. — Vgl. Post, Grundriss der ethn. Jurisprudenz I S. 30.

163) Martius, Zur Ethnographie S. 107. 428. — Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 286. — Everhard im Thurn S. 221. — Bei den Warraus: Schomburgk, Reisen I, 165.

vater erhält, nehmen ebenfalls mehr den Charakter einer Gegenleistung an, so dass endlich die Hingabe eines jeden Werthobjectes, also auch von Waffen, Geräthen und Schmucksachen[164]), den gewünschten Erfolg herbeiführen kann, also die Eheschliessung die Form der Kaufehe angenommen hat.

§ 14.

Verlöbniss und Brautnacht.

Schon frühzeitig werden häufig Knaben und Mädchen für einander bestimmt und treten in Folge dessen schon vor der Heirath in ein gewisses Verhältniss zu einander[165]), das sich im Einzelnen verschieden gestaltet. Bei einigen Stämmen wird die Braut von ihrem Bräutigam mit Jagdbeute und anderen Geschenken versorgt[166]). Bei den Aroaquis muss, wie schon im Vorigen erwähnt wurde, der Bräutigam schon alle Sorgen des Familienvaters tragen. Bei den Chavantes theilt er bereits das Lager seiner Verlobten[167]). Auch bei vielen kleinen Stämmen am Amazonas geniesst der Bewerber schon vor der Heirath das auch von anderen Völkern her bekannte Busenrecht[168]). Bei den Tupinambazas nahm der Anführer das ihm noch vor ihrer Mannbarkeit zur Frau bestimmte Mädchen zu sich und erzog es sich selbst zur Frau[169]). Uebrigens besteht für den Bräutigam, wenigstens für gewöhnlich, keine

---

164) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 286. 388. — Everhard im Thurn S. 221.

165) Martius, Zur Ethnographie S. 322. 290. 428. 645. 688. — Everhard im Thurn S. 221. — Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 65.

166) Everhard im Thurn S. 221. — Bei den Warraus: Schomburgk, Reisen I S. 164. — Bei den Makusis: Derselbe, Reisen II S. 317.

167) Martius, Zur Ethnographie S. 290. — Spix und Martius, Reisen, in Bd. II S. 574.

168) Martius, Zur Ethnographie S. 108.

169) Martius, Zur Ethnographie S. 110. Notizia do Brazil p. 278.

Verpflichtung, die ihm anvertraute Braut wirklich später zu heirathen [170]).

Bei manchen Stämmen, so bei den Mundrukus, besteht der Gebrauch, dass der Ehemann in der Brautnacht sich von der Neuvermählten fernzuhalten hat [171]). Bei den Karayas am Rio Araguaya muss der Bräutigam vor der Eheschliessung vier Nächte hindurch zusammen mit der Braut auf einer Matte, aber durch einen weiten Zwischenraum getrennt, schlafen, ohne dass eine Annäherung gestattet ist [172]).

Bei manchen Stämmen findet sich das ius primae noctis, und zwar steht es meistens dem Zauberer zu; so bei den Culinos, den Juris, den Passes [173]) und den Arawaks [174]). Bei andern Stämmen hat der Häuptling das Recht, so bei den Culonos, Araikus [175]) und den Jumanas [176]).

D. Eigenthumsrecht.

§ 15.

Es ist natürlich, dass sich über die Eigenthumsverhältnisse der hier zu behandelnden Völker nur Einiges in grossen Zügen sagen lässt.

Klar ist es, dass der Begriff des Eigenthums sich schon überall nach mehreren Richtungen hin geltend macht, und

---

170) Everhard im Thurn S. 221. — Bei den Ipurina: Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 65. — Bei den Makusis: Schomburgk, Reisen II, 316.

171) Martius, Zur Ethnographie S. 113. — Post, Anfänge des St. u. R. S. 45. — Derselbe, Grundriss der ethn. Jurisprudenz I, 97.

172) Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 29.

173) Martius, Zur Ethnographie S. 113. — Vgl. Post, Geschlechtsgenossenschaft S. 37.

174) Post, Studien zur Entwickelung des Familienrechts S. 342. — Waitz, Anthrop. III, 389.

175) Martius, Zur Ethnographie S. 428.

176) Spix und Martius, Reise in Brasilien III S. 1182. — Vgl. Post, Geschlechtsgenossenschaft S. 37.

zwar einerseits als gemeinsames Eigenthum der Dorfgemeinschaft, der Hausgemeinschaft und der Familie, andererseits als Individualeigenthum.

In verschiedenen Beziehungen kommt zunächst die Dorfgemeinschaft als Trägerin von Eigenthumsrechten in Betracht. Vor Allem gehören ihr die Pflanzungen [177]), deren gemeinsame Bewirthschaftung wenigstens bei den Völkern am oberen Xingu und bei den Karayastämmen am Rio Araguaya vom Häuptling geleitet wird. Es ist dieses Eigenthumsverhältniss durchaus dem bei jenen Völkern herrschenden Wirthschaftssystem der Feldgraswirthschaft, auch Jungsystem genannt, entsprechend. Gemeinsam rodet die Dorfgemeinschaft ein Stück des Waldes und bebaut dasselbe, bis der Boden ausgenutzt ist und daher eine erneuerte Rodung erforderlich ist. Die Zeit der Ertragsfähigkeit des Bodens wird verschieden angegeben.

Ferner ist die Festhütte, die sich bei vielen Gemeinschaften vorfindet [178]), für gemeinsame Angelegenheiten der Gemeinde, wie Tänze und Feste der Männer, bestimmt.

Was die im Kriege gemachten Gefangenen angeht, so hat derjenige, welcher einen Feind gefangen genommen hat, da, wo sich die Anthropophagie findet, zwar ein Recht darauf, den Todesstreich auszuführen [179]) und den Kopf oder sonstige Trophäen [180]) für sich zu nehmen; im Uebrigen aber wird das

---

[177]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 285. — Martius, Zur Ethnographie S. 453. — Vgl. Martius, Zur Ethnographie S. 82. 83. — Johannes Staden S. 79. „Es ist keine Partirung unter ihnen." — Vgl. Post, Geschlechtsgenossenschaft S. 125. — Derselbe, Grundriss zur ethn. Jurisprudenz S. 197. — Derselbe, Anfänge S. 279. — Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 28. — Bei den Arekunas: Schomburgk, Reisen II, 237.

[178]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 108. 175. — Derselbe, Durch Centralbrasilien S. 160.

[179]) Prinz v. Neuwied II, 51. — Johannes Leriy, in Bry, Brasilien III S. 192.

[180]) Martius, Zur Ethnographie S. 192. Vgl. S. 596.

Opfer bei dem bei dieser Gelegenheit stattfindenden allgemeinen Feste von allen gemeinsam verzehrt. Auch da, wo die Gefangenen nicht geschlachtet, sondern für Sklavendienste verwendet werden, stehen sie im Dienste der Dorfgemeinschaft und nicht im Dienste desjenigen, der sie gefangen hat[181]).

Bei der Jagdbeute müssen wir unterscheiden, ob sie auf gemeinsam unternommenen Jagden oder von Einzelnen allein gemacht ist. Nach gemeinsamer Jagd kommt die Beute, soweit sie als Nahrung in Betracht kommt, jedenfalls Allen in gleicher Weise zu Gute[182]), nur mit dem Unterschiede, dass eventuell dem Häuptlinge ein grösserer Antheil zukommt[183]).

In Bezug auf die bei einer von einem Einzelnen unternommenen Jagd gemachte Beute müssen wir annehmen, dass diese im Allgemeinen zunächst diesem Einzelnen zufiel; denn andernfalls könnte die so gemachte Beute nicht Gegenstand des Geschenkes des Bewerbers an den Schwiegervater sein.

Was das Verhältniss der Bewohner eines gemeinsamen Hauses zu diesem anlangt, so ist hervorzuheben, dass in demselben jede Familie einen bestimmten Theil des Inneren für sich hat, und zwar immer mit einer eigenen Feuerstelle[184]).

Wie das Verhältniss des Einzelnen zu den Geräthen, wie Hängematten, Töpfergeschirr u. s. w. beschaffen ist, ob dieses mehr den Charakter eines Familieneigenthums oder mehr den eines Individualeigenthums an sich trägt, lässt sich schwer mit voller Bestimmtheit sagen, doch scheint es mehr den Charakter

---

[181]) Martius, Zur Ethnographie S. 94. 73. — Vgl. Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde, wo gesagt ist, dass die von anderen Stämmen geraubten Weiber bei den Karayas als Allgemeingut gelten.

[182]) Martius, Zur Ethnographie S. 101. 294. — Prinz v. Neuwied II, 26, vgl. I, 344. — Vgl. Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 389. — Bei den Karayas: Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 28.

[183]) Martius, Zur Ethnographie S. 69.

[184]) Martius, Zur Ethnographie S. 87. — Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 61 (bei den Ipurinas). — Bei den Wapisianas: Schomburgk, Reisen II, 41.

des ersteren an sich zu tragen, und zwar so, dass der Hausvater volles Verfügungsrecht hat[185]).

Fest entwickeltes Individualeigenthum haben wir bei Waffen, Pfeilgift, Schmuck und, soweit sie vorhanden ist, bei der Kleidung vor uns. Jeder Innehaber solcher Gegenstände ist befugt, über dieselben zu verfügen, vor Allem sie gegen eine andere Werthleistung einzutauschen[186]).

Der Begriff des Individualeigenthums an solchen Dingen ist so fest ausgeprägt, dass sie beim Tode des Eigenthümers diesem ins Jenseits mitgegeben werden, indem man sie entweder mit ins Grab legt[187]) oder verbrennt[188]).

Was den Erwerb solches Individualeigenthums angeht, so ist klar, dass dasselbe durch das Herstellen der betreffenden Gegenstände erlangt wird. Von der auf gemeinsamen Jagden gemachten Beute kommen wohl die nicht als Nahrung in Betracht kommenden Theile im Allgemeinen demjenigen zu, der die Beute erlegt hat[189]). Bei den Bororos jedoch wird der Jäger nicht der berechtigte Eigenthümer von kostbaren Zähnen und Fellen, sondern muss dieselben an die nächsten Verwandten des zuletzt Verstorbenen herausgeben[190]).

Deutlich ausgeprägt ist ferner der Uebergang durch Tradition, wie schon aus dem regen Waarenaustausche[191]) bei jenen Völkern hervorgeht. Freilich sind trotz des letzteren die Verkehrsverhältnisse oft sehr wenig entwickelt. Bei den Völkern am oberen Xingu hat sich der Begriff eines be-

---

185) Martius, Zur Ethnographie S. 90.

186) Martius, Zur Ethnographie S. 623 (Pfeilgift). — Prinz v. Neuwied, Reise I S. 133 (Waffen).

187) Z. B. Martius, Zur Ethnographie S. 596. 594. 595. — Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 30 u. 66.

188) Martius, Zur Ethnographie S. 275. 485. Bei den Makusis: Schomburgk: Reisen I, 422.

189) Martius, Zur Ethnographie S. 668.

190) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 379.

191) Z. B. Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 86. 127. 196.

stimmten Werthes für die einzelnen Gegenstände noch nicht herauskrystallisirt, und in Folge dessen ist ihnen, wenigstens bei von Steinens Ankunft, der Umtausch von Waare gegen Waare noch völlig fremd[192]). Der Waarenaustausch vollzieht sich hier vielmehr erst durch das Medium der Gastfreundschaft. Weil der Fremde als Gast kommt, wird er bewirthet, weil er Gast ist, hat er seinerseits die Pflicht, Gastgeschenke darzubringen[193]). Bei anderen Stämmen wiederum haben sich bestimmte wichtige Werthobjecte mehr oder weniger zu allgemeinen Werthmessern herausgebildet; so bei den Bororos die Pfeile[194]), bei den Arekunas[195]) Rollen von Baumwollenfäden und Schnüren. Solcher Gegenstände pflegt man sich zu bedienen, um gegen dieselben andere, deren man bedarf, einzutauschen. Mit ihnen löst häufig der Bewerber einer Frau, wie oben erwähnt, seine Verpflichtungen, die er dem Schwiegervater gegenüber hat.

E. Rechtsverwirklichung.

§ 16.

Schon aus dem Umstand, dass wir, wie im Bisherigen geschehen ist, überall bei den hier in Betracht kommenden Völkern mehr oder weniger fest geregelte Verhältnisse aufweisen können, geht hervor, dass gewisse Kräfte da sein müssen, durch welche diese feste Regelung geschieht, denn keine Wirkung ohne Ursache. Es müssen also bestimmte Kräfte, mögen es nun physische oder geistige sein, vorliegen, welche ein Eingreifen in die Rechtssphären der einzelnen Rechtssubjecte, wenigstens für die Regel, ausschliessen, da anderen-

---

[192]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 289.

[193]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 288. — Ebenso ist der Begriff des Wertes noch unentwickelt bei den Makusis: Schomburgk, Reisen I, 360.

[194]) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 389.

[195]) Martius, Zur Ethnographie S. 622.

falls eine Abgrenzung der einzelnen Rechtssphären schlechterdings nicht hätte geschehen können.

Nur in wenigen Fällen macht die Rechtsgemeinschaft als Ganzes durch alle ihre Mitglieder oder ihre Organe gegen den Rechtsverletzer Front. So wird Derjenige, welcher den Verdacht schwarzer Künste auf sich gezogen hat, von Allen verfolgt[196]. Bei den Amazonasindianern[197], bei einigen Stämmen am oberen Xingu[198], sowie bei den Chambiras[199], wird das Weib, welches die Festhütte der Männer betritt, getödtet, und zwar bei Ersteren nach Martius auf Veranlassung des Zauberers hin. Bei den Crans[200] soll sich die ganze Gemeinde bei der Trennung einer eingegangenen Ehe widersetzen. Davon, dass bei mehreren Stämmen der Häuptling im Falle eines Krieges Recht über Leben und Tod seiner Unterthanen hat, war schon oben die Rede. Aber auch sonst wird der Häuptling häufig zur Rechtsverwirklichung thätig, indem er dafür sorgt, dass der Dieb Bestrafung erhält[201] oder wenigstens ermittelt wird[202], ferner, indem er die Blutrache verhindert, oder auch zu seiner Angelegenheit macht und eventuell die Ablösung (?) derselben durch eine Busse

---

196) Martius, Zur Ethnographie S. 80. 632; vgl. 120.

197) Martius, Zur Ethnographie S. 512.

198) Karl v. d. Steinen, Unter den Naturvölkern S. 269. 386.

199) Castelnau, Expédition I, 450.

200) Martius, Zur Ethnographie S. 290.

201) Martius, Zur Ethnographie S. 86.

202) Bei den Karayas am Rio Araguaya, „fordert der Häuptling, wenn ihm ein Diebstahl angezeigt wird, durch lautes Ausrufen im Dorf den Thäter zur Rückgabe des Gestohlenen auf. Meist wird dem Folge geleistet und das Object einfach heimlich wieder an seinen Ort gelegt, womit die Sache erledigt ist. Andernfalls hat der Häuptling das Recht die Hütten durchsuchen zu lassen. Dem Verdächtigen wird irgend ein Gegenstand als Pfand abgenommen, bis das corpus delicti ausgeliefert ist. Wird der Dieb ermittelt, so überlässt man es dem Bestohlenen, sich an ihm schadlos zu halten.“ Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 29.

vermittelt[203]). Auch die Schlichtung anderer Streitigkeiten ist da, wo der Häuptling als Leiter der Gemeinschaft genug Autorität besitzt, seine Sache[204]). Bei den Makusis sollen nach Schomburgk die streitenden Parteien sich dem Urtheil der vom Häuptling berufenen Versammlung unterwerfen[205]).

Von diesen Fällen abgesehen, finden wir im Allgemeinen das Princip vor, dass sich der Verletzte oder dessen Verwandten für eine Verletzung selbst Genugthuung verschaffen. Und zwar findet sich hier neben der Blutrache eine interessante Form der Genugthuung bei den Botokuden, wo eine Familie, wenn sie sich durch eine andere verletzt glaubt, die Letztere zum Streite auffordert, der sich in ganz bestimmten Formen abspielt. Mit grossen Stangen treten sich die Männer paarweise einander gegenüber. Keiner greift den Anderen mit den Händen an. Auch die Weiber sind durch Kratzen, Faustschlagen und Ausreissen der Lippenpflöcke betheiligt. Nachdem der Streit so eine Zeit lang gedauert hat, hat man hinreichende Genugthuung[206]). Auch zwischen ganzen Horden finden solche Kämpfe statt.

Die Blutrache spielt natürlich im Leben dieser Völker eine grosse Rolle. Zweierlei Fälle sind zu unterscheiden. Das eine Mal befindet sich der Todtschläger ausserhalb der obersten Rechtsgemeinschaft[207]).

Hier ist die ganze Gemeinschaft verletzt und die Folge ist, dass sie als Ganzes für die Rache eintritt. Dieser Gedanke, den Tod der Genossen zu rächen, ist wohl meistens die Hauptursache der häufigen und erbitterten Streitigkeiten[208]) zwischen den einzelnen Gemeinschaften. Die nächsten Ver-

---

[203]) Martius, Zur Ethnographie S. 130.

[204]) Martius, Zur Ethnographie S. 62.

[205]) Schomburgk, Reisen II, 321.

[206]) Prinz v. Neuwied, Reise II S. 43, I S. 368. — Martius, Zur Ethnographie S. 102. 325. Vgl. Post, Anfänge der St. u. R. S. 250. — Derselbe, Grundriss zur ethn. Jurisprudenz II S. 504 u. 236.

[207]) Martius, Zur Ethnographie S. 127.

[208]) Johannes Leriy, in Bry, Brasilien S. 184.

wandten des Erschlagenen sind im Rachekampfe durch Bemalung als Rächer kenntlich und kämpfen mit besonderer Erbitterung und Kühnheit[209]). Bei vielen Stämmen, so bei den alten Tupinambazas, ferner den Apiacás, Mundrukus und Mauhes[210]) sind sämmtliche Kriegsgefangene der Blutrache verfallen, die oft in der grausamsten Weise, und oft mit Anthropophagie verbunden, geübt wird. Johannes Staden[211]) und Johannes Leriy[212]) berichten, dass bei den Tupinimbas dem Gefangenen vor seiner Tödtung ein Weib überlassen wurde, und dass das von ihm erzeugte Kind grossgezogen wurde, um später ebenfalls geschlachtet zu werden[213]).

Anders liegt das Verhältniss, wenn die zu rächende Tödtung von einem Genossen derselben Gemeinschaft ausgegangen ist. Hier ist es, wenn nicht etwa, wie oben angeführt ist, der Häuptling die Sache zu der seinigen macht, Sache der nächsten Verwandten[214]), die Blutrache am Thäter oder seiner Familie[215]) auszuüben.

Jedes Mittel, das geeignet ist, den gewünschten Erfolg herbeizuführen, wird vom Bluträcher angewandt, so dass es eine beliebte Art ist, seinen Zweck durch Anwendung von Gift zu erreichen[216]). Mit diesem Momente, dass der Bluträcher nicht offen zu Werke geht, in Verbindung mit dem Gedanken, dass kein Mensch eines natürlichen Todes stirbt[217]), hängt

---

209) Martius, Zur Ethnographie S. 128.

210) Martius, Zur Ethnographie S. 129.

211) Johannes Staden S. 84.

212) Johannes Leriy S. 198.

213) Vgl. Post, Geschlechtsgenossenschaft S. 35.

214) Everhard im Thurn S. 15. — Martius, Zur Ethnographie S. 127. — Post, Grundriss der ethn. Jurisprudenz I S. 89. — Derselbe, Anfänge S. 182. — Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 29.

215) Martius, Zur Ethnographie S. 128. 651. — Vgl. Johannes Leriy S. 233.

216) Everhard im Thurn S. 331. — Schomburgk, Reisen I, 322 ff.

217) Z. B. Everhard im Thurn S. 330. — Ehrenreich, Beiträge zur Völkerkunde S. 29.

die furchtbare Ausdehnung zusammen, die häufig die Blutrache annimmt. Jeder Tod wird dann auf die That eines Bluträchers zurückgeführt, die nothwendig wiederum gerächt werden muss. Schomburgk[218]) berichtet einen Fall, wo der Vater eines an der Wassersucht verstorbenen Knaben durch ein Ordal den Verursacher des Todes herauszufinden suchte. Der Leiche wurden von jeder Hand die Daumen und der kleine Finger, von jedem Fuss die grosse und die kleine Zehe, sowie ein Stück Ferse abgeschnitten und diese Körpertheile wurden in einem Topfe mit Wasser gekocht. Nach welcher Richtung hin zuerst einer dieser Theile durch das kochende Wasser über den Rand des Topfes geworfen wurde, dort war der Thäter zu finden. Das Ergebniss war, dass dieser sich im eigenen Dorfe befände.

Hiermit sind wir am Ende der Darstellung dessen, was uns aus den Berichten über die tropischen Naturvölker Südamerikas für die Kenntniss der Erscheinungsform, welche das Recht unter diesen Völkern einnimmt, von Wichtigkeit scheint, angelangt. Natürlich kann das Gegebene keinen Anspruch auf eine erschöpfende Behandlung des Rechts jener Völker machen, da bis jetzt nur bei einigen Stämmen eingehendere Untersuchungen über die Rechtsverhältnisse von den Forschern angestellt sind. Für die Kenntniss der ursprünglichen menschlischen Organisationsformen, der ersten Entwickelungsformen der einzelnen Rechtsinstitute, sowie der ersten Anfänge der Rechtsverwirklichung liegen wohl noch ungemessene Schätze im Dunkel jener Wälder Brasiliens verborgen, die sich freilich immer mehr vor dem mit der Kultur eindringenden Lichte verflüchtigen.

---

[218]) Schomburgk, Reisen I S. 325.

Literarische Anzeigen.

Haidlen, Landrichter Dr., Das bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten herausgegeben. Bd. I, X u. 980 S., Bd. II, VI u. 498 S., Bd. III, VI u. 813 S., Bd. IV, VI u. 616 S., Bd V 181 S. Stuttgart, W. Kohlhammer, 1896 u. 1897.

Das vorliegende bändereiche Werk verfolgt und erreicht den Zweck, die Vorarbeiten zum bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz zusammenzustellen. Zu diesem Behuf sind hinter dem Wortlaut eines jeden der 2385 Paragraphen der grossen Codification und der 218 Artikel des Reichseinführungsgesetzes vom 18. April 1896 die zugehörigen Stellen der Motive des ersten Entwurfs, der Protokolle zum zweiten Entwurf, der Denkschrift, der Bericht der Reichstagscommission und der Reichstagsverhandlungen aneinandergereiht. Dabei hat der Verfasser keineswegs rein mechanisch alles ausgeschnitten und zusammengefügt, vielmehr unter Weglassung des Ueberflüssigen nur diejenigen Theile der Vorarbeiten, welche ihm für die Auslegung der Gesetz gewordenen Vorschriften nothwendig erschienen, möglichst vollständig und zumeist auch wörtlich wiedergegeben. Aenderungen des Wortlautes sind hauptsächlich nur im Interesse des Zusammenhangs und der Satzverbindung vorgenommen; die indirecte Rede der Commissionsprotokolle zum zweiten Entwurf ist überall in die directe Redeform verwandelt; die in den Materialien citirten Entwurfsparagraphenzahlen sind, insoweit sie durch den Gang der Gesetzgebung eine Abänderung erlitten, durch die Ziffern der definitiven Numerirung gewissenhaft ersetzt. Dass es bei dem grossen Umfang dieser

Materialienzusammenstellung, die überdies der Codification mit überraschender Schnelligkeit auf dem Fusse nachfolgt, nicht vollständig ohne kleine Irrthümer abgehen konnte, ist begreiflich; so entspricht Bd. I S. 569 der Satz „Gesetzliche Vorkaufsrechte kennt das B.G.B. nicht“, der wörtlich aus den Motiven (Bd. II S. 345) herübergenommen, zwar dem Standpunkt des ersten Entwurfs; dieser Standpunkt wurde aber von dem zweiten Entwurf bereits aufgegeben; „über das Empfehlenswerthe der Aufnahme des Vorkaufsrechtes (der Miterben) herrscht in der Commission im Wesentlichen Einverständniss“ (Reatz, Die zweite Lesung II S. 330 Note 19 zu § 1908, jetzt § 2034 B.G.B.). Diese und ein paar weitere kleinere Incorrectheiten sind neuerdings von Hellmann in der Krit. Vierteljahresschrift Bd. XL S. 168 und 169 zusammengestellt worden, der jedoch, wie die Kritik überhaupt, gleichfalls zu einem sehr günstigen Gesammturtheil gelangt. In der That wird jeder, der über die Entstehungsgeschichte eines Paragraphen sich schnell orientiren will, das Haidlen'sche Werk mit Nutzen zu Rathe ziehen.

Der letzte Band enthält ausser dem sehr sorgfältigen Sachregister die Inhaltsübersicht der einzelnen Gesetzesparagraphen, die synoptische Zusammenstellung der Paragraphenzahlen der verschiedenen Entwürfe und die Uebersicht über das in Deutschland bisher geltende bürgerliche Recht; bei letzterer wäre zu vermerken gewesen, dass sie die erste Anlage der Denkschrift zur Reichstagsvorlage bildete. Dem ersten Band vorangeschickt ist die „Einleitung“ der Denkschrift über die Entstehung, Umfang und Inhalt des Gesetzbuches.

Die Ausstattung des in 22 Lieferungen erschienenen und nunmehr vollständig vorliegenden Werkes ist vorzüglich.

Cohn.

VII.

Die Begnadigung bei den Naturrechtslehrern[1]).

Von

Theodor Sternberg.

I. Einleitung.

1. Allgemeines.

Von Anfang aller philosophischen Betrachtung des Rechts an waren die letzten Gründe von Staat und Strafe ihr vorzüglichstes, ja ihr recht eigentliches Thema. So auch als sie in der neuzeitlichen Lehre vom Naturrecht ihren höchsten je erreichten Aufschwung nahm.

Die Zeitverhältnisse jener Geburts- und Jugendepoche des alle Aufgaben politischer Gemeinwesen in straffer Concentration an sich ziehenden modernen Staats begünstigte solche Forschungen; zudem übte auf die speculativen Geister ihren Reiz die schnell gewürdigte Stellung der Begriffe Staat und Strafe (dazu als dritten des Völkerrechts) an den Ausgangspunkten des Rechtssystems — juristisch nicht mehr, nur philosophisch noch construirbar.

---

[1]) Die Arbeit ist aus den von mir im Sommersemester 1898 geleiteten Uebungen zur Geschichte des Strafrechts hervorgegangen.

Kohler.

Für Anhänger ausschliesslich relativer Strafrechtstheorieen, welche die Strafe lediglich als zweckmässiges Werkzeug des Staats betrachten, um seinen unmittelbaren Zwang, wie ihn die vollstreckende Thätigkeit jeder Art übt, durch einen weiteren mittelbaren wirksam zu unterstützen, ist zwar die Coordination der Begriffe Staat und Strafe ausgeschlossen; jederzeit aber hatte doch auch die Ueberzeugung ihre Geltung, dass die Strafe, in ihrer Anwendung und Bedeutung weit über den Wirkungskreis und die Aufgaben des Staats hinausragend, auf eigenen, vielleicht sogar höheren Principien beruht und auf deren Grunde selbstständiges zum Bau des Rechtsbegriffes und zur Entstehung der Rechtsvorstellungen beisteuert. Dem heil. Augustinus ist der Staat vom Menschen, vergänglich und der Verdammniss anheimfallend (civitas terrena im Gegensatz zu civitas dei)[2]), die Strafe von Gott.

Wenn es nun aber der Staat für nützlich erachtet, eine verdiente Strafe ausser Wirkung zu setzen oder abzuschwächen, ist dann eines jener höheren Principien im Stande, seinem Willen Fesseln anzulegen, und umgekehrt, kann ein solches eine Begnadigung veranlassen, wo das, nach bestem Wissen und Gewissen auf das Staatswohl gegründete Gesetz gebieterisch Bestrafung fordert?

Freilich, sobald ein wirklich anerkanntes Princip höchster Natur[3]), zumal der ausdrückliche Wille Gottes in Betracht kommt, ist zu bejahen.

Aber jede vernünftige Rechtsordnung umgiebt ihre Strafgesetzgebung und ihr Strafverfahren schon von selbst mit allen nur denkbaren Cautelen; auf die Vernunft, die doch vor den Eingebungen des Gefühls den Vorzug verdient, sind Gesetz und Urtheil gegründet, sollen da in einzelnen Fällen plötzlich andere Rücksichten walten?

---

[2]) Gierke, Deutsch. Genossenschaftsrecht, Bd. III S. 125. Dort auch die Quellenstellen.

[3]) Vgl. auch Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, S. 106 unten ff.

Wie verträgt sich das mit der vor allem zu wahrenden Würde des Strafgesetzes? Wie mit dem vor allen anderen unentbehrlichen Grundsatz der Gleichheit aller Staatsangehörigen vor dem Strafgesetz?

Und gewährt nicht das Recht der Begnadigung seinem Inhaber eine Gewalt, die, missbraucht, alle von den Gerichten auf Herstellung der Gerechtigkeit verwandte Mühe illusorisch macht und so zum Ruin des Staates führt?

Oder sind dagegen Vorsichtsmassregeln möglich und welche?

Welches Organ im Staate ist geeignet, die Befugniss der Begnadigung, wenn solche, sei es auf Grund concreter Zweckmässigkeitsrücksichten, sei es auf Grund eines höheren Princips, oder auf Grund der Verbindung beider durch den Gesichtspunkt des idealen Nutzens, als notwendig erkannt ist, subjectiv vorurtheilsfrei auszuüben, welche Stellung muss es aber auch haben, um gegen das Misstrauen des Volks geschützt zu sein?

Dies mag zur systematischen Skizzirung der Probleme genügen, deren historischen Werdegang das Folgende darstellen soll. Es zeigt, wie die Lehre von der Begnadigung einen der wichtigsten Berührungspunkte von Staatsrecht und Strafrecht darstellt und sogar gerade auf deren tiefste Grundlagen zurückgreift.

Sie ist daher stets in Verbindung mit den Theorien des allgemeinen Staatsrechts und Strafrechts vorzutragen, um gleichzeitig auch einen organischen Zusammenhang in der historischen Folge und Entwickelung der Lehren herzustellen.

Die Literatur entbehrt einer ausreichenden Zusammenstellung; ausser den gangbaren Lehrbüchern bringt vieles, aber durchaus nichts Vollständiges Geib, Lehrbuch des Str.-R. S. 158 ff., sowie die Rechtslexica von Weiske und v. Holtzendorff, H. 2.

2. Recht und Theorie vor den Forschungen der naturrechtlichen Schule.

Es ist bekannt, dass die Vertreter der naturrechtlichen Schule, wie sehr sie auch immer ihre Rechtsbegriffe rein philosophisch zu construiren wünschten und vermeinten, am Ende doch meistentheils, ohne es zu merken, an die entsprechenden Institutionen des damals bekannten und studirten Rechts anknüpften, die ihre Vorstellungen beherrschten. Je mehr sie sich den Grundlagen der Rechtslehre nähern, desto weniger ist dies freilich der Fall und desto mehr tritt die reine Speculation hervor.

So ist denn in der naturrechtlichen Lehre von der Begnadigung eine Wirkung des in dieser Hinsicht so formenreich ausgebildeten Römischen Kaiserrechts [4]) nirgend zu spüren, auch das germanische Recht, das, gleichzeitig mit dem Naturrecht zu wissenschaftlichem Leben erweckt, so vielfach mit diesem Hand in Hand ging [5]), machte keinen besonders nennenswerthen Einfluss geltend, abgesehen von den deutschrechtlichen Elementen, die im geltenden Recht der Naturrechtszeit, als solche nicht erkannt, sich bargen.

Weitgehende Beachtung fordert dagegen das Kirchenrecht.

Von jeher hat ein mystisch-religiöser Schimmer in dem überhaupt hierzu ebenso wie zur philosophischen Begründung und Zergliederung erklärlicher Weise hinneigenden Strafrecht ganz besonders die Begnadigung umwoben, auf ihm beruht grösstentheils das Asylrecht und Rechtsübungen wie die römische, die den Delinquenten von der Todesstrafe befreite, wenn eine Vestalin ihm auf dem Wege zur Richtstätte begegnete [6]) und die spätere italienische, die der Begegnung

[4]) Lüder, Das Souveränitätsrecht der Begnadigung 1860.

[5]) Gierke, Naturrecht und Deutsches Recht, Breslauer Rectoratsrede, Frankfurt 1883.

[6]) Plutarch, Numa, citirt bei Tiraquau, Beccaria u. a. m.

mit einem Cardinal die gleiche Wirkung beilegte[7]. Und welche Rolle spielt die Lehre von Gnade und Vergebung gerade im Christenthum!

Es beruht denn auch das kirchliche Recht auf einer Fülle philosophischer Sätze und hat solche immer neu erzeugt, so dass die grosse rechtsphilosophische Strömung der Naturrechtswissenschaft unmöglich gänzlich achtlos an ihm vorübergehen konnte.

Die Mission der Kirche ist es, die Menschen dem ewigen Heil zuzuführen, und sie hat als Mittel dazu neben dem Lehramt ihr von Gott vertrautes Richteramt, das seinen, nach der moralischen Seite hin fallenden, Schwerpunkt in einem System von Strafe und Gnade findet.

Das einzigartige Institut der Absolution eröffnet dem sündigen Delinquenten wieder die ihm durch seine That plötzlich verschlossenen Pforten der himmlischen Gnade, und die Busse, die theils allein, theils in Verbindung mit wirklicher Strafe verhängt wird oder wo dies nicht geschieht, durch die Bestrafung herbeigeführt werden soll, gewährt ein Recht auf Absolution. In dem Sinn, dass das Verfahren mit dem Verbrecher, sei es Strafe oder Gnade, ihn wieder zu einem würdigen Glied der Christenheit mit den Ansprüchen eines solchen auf die göttliche Gnade machen soll, fehlt auch der ausgeprägtesten Vindicativstrafe ihre medicinale Bedeutung nicht[8], [9]. Es wäre so falsch als ungerecht, dem canonischen Rechte eine einseitige Besserungstheorie unterschieben zu wollen; aus dem Gesammtbild seiner Bestimmungen leuchtet

---

[7]) Pertile, Storia del diritto italiano V S. 180 ff. (N. 59). — Daselbst noch weitere Belege bis in weit spätere Zeit. — Kohler, Strafrecht der ital. Statuten S. 312. — Das Asylrecht ist auch im mosaischen Recht stark ausgebildet 4. Mos. 35, 6 u. 9 ff., 5. Mos. 4, 41—43, ibid. 19. Josua 20.

[8]) Friedberg, Lehrb. des Kirchenrechts 4. Aufl. S. 265. 266.

[9]) Decr. Grat. caus. 23 quaest. 3 c. 24. — Augustin, epist. 185, Ueber Durchbrechungen des Grundsatzes Hinschius, Kirchenrecht VI S. 694.

eine viel tiefere hervor, die tiefste vielleicht, die überhaupt gegeben werden kann, die aber als ein notwendiges Erzeugniss aus der innersten Natur des Christenthums sich darstellt, eine Theorie, in der das klare Bewusstsein enthalten liegt, dass die erstrebte Läuterung des Verbrechers nicht als vollzogen angesehen werden kann, so lange seine That noch nicht völlig gesühnt ist, so lange er selber Folgen und Wirkungen des Verbrechens noch nicht alle durch die rächende Vergeltung ausgetilgt sieht, und dass die Gnade Gottes nicht in Anspruch genommen werden kann, so lange seinem Gerechtigkeitswillen nicht nach Menschenmöglichkeit Genüge geleistet ist[10]. Die ältere Kirche kannte übrigens eine Art bedingter Absolution, nach der die verwirkte Strafe ruhig ihren Lauf ging, während die moderne sie nur zugleich mit Erlassung der (kirchlichen!) Strafe ertheilt, so dass die Absolution die Begnadigung in sich schliesst[11], [12].

Es ist begreiflich, dass unter diesen Umständen besondere Normen und Formen für die eigentliche Begnadigung sich nicht gebildet haben, ebenso, dass die Competenz darin eine Ausnahme macht[13], [14].

Ursprünglich stand die Begnadigung demjenigen Organ zu, das pflichtgemäss die Strafe verhängt hatte. Dies ward anders, je mehr richterliche Vorrechte sich in der Hand einzelner hoher Kirchenfürsten, und namentlich des Papstes, concentrirten. Es gab eine Menge Reservate, während Delegationen, wiewohl die räumliche Ausdehnung christlichen Ge-

---

[10]) Siehe auch Kohler, Das Wesen der Strafe, Würzburg 1888.

[11]) Hinschius, Kirchenrecht 5, 1 S. 144 ff. u. S. 360 ff., überhaupt auch für alles Folgende.

[12]) Theologische Ausführungen conform der älteren Lehre bei Augustin, encheiridion sive de fide spe charitatis II, sehr eingehende juristische bei Tiraquellus, de Poenis, Causa 25, gipfelnd in: „Reddite quae sunt Caesaris, Caesari, et quae sunt Dei, Deo.“

[13]) Hinschius a. a. O.

[14]) Gratian nennt speciell das abolere infamiam. — Hinschius a. a. O. — Thomas Aq. sec. sec. quae. 68 art. 5 in fine.

biets sie nöthig machten, nach Möglichkeit vermieden wurden. Eine Politik der Herrschsucht darf man nach Hinschius darin nicht sehen; zu der Entwickelung hat die parallelgehende und völlig gleiche in der Absolution das ihrige beigetragen. Schon früh hat sich die Neigung geltend gemacht, die Absolution für besonders schwere Sünden in Rom zu suchen, zahlreiche Pilger strömten deshalb dort zusammen und halfen so zur Bildung der Absolutionsreservate. Mochte man glauben, zu Rom kräftiger wirkende Absolution zu erhalten oder trachtete man in der Wanderung dorthin sich noch eine freiwillige Busse aufzuerlegen — die kirchliche Justizpolitik griff den letzteren Gedanken auf und benutzte die Reservate für Absolution und Begnadigung als Strafverschärfungsmittel.

Gleichzeitig und in innerem Zusammenhang mit der Ausbildung dieser Reservate entstand das Ablasswesen. Erzbischöfe und Bischöfe, denen Absolutionsreservate grösseren Umfangs zukamen, fingen an, an hohen kirchlichen Festen Absolutionen in grösserer und immer grösserer Anzahl vorzunehmen, ein Verfahren, das mit der Zeit dann einen mehr allgemeinen, für die einzelne Absolution mehr als bisher formlosen und schliesslich ständigen Charakter annahm. Unrichtige Anschauung, die sich an das Institut anknüpft, trägt vielleicht die Schuld an der ungenügenden Auffassung und Behandlung der Begnadigung, die vielfach im weltlichen Recht sich entwickelte, indem Fürsten, um die Stimmung und den Glanz bei ihren Festen zu erhöhen, zu solchen Gelegenheiten grosse Amnestieen erliessen, z. B. bei Krönungen, aber auch, um die Tage der Anwesenheit eines hohen Gastes feierlicher zu gestalten, schliesslich in Anknüpfung daran, überhaupt als Freundschafts-, Ehren- und Höflichkeitsbezeugungen, die zeitweise auch die Form von Begnadigungsprivilegien annahmen [15]).

Aber die Epoche, in der das Institut des Ablasses erstand, war die Zeit der Kreuzzüge, das Jahrhundert stand im

---

[15]) Kohler, Strafr. der ital. Statuten S. 312.

Zeichen des „Dios lo volt!“ Und wohl mögen in jenen Tagen unvergleichlich hoch gespannten religiösen Empfindens das Weihnachtsfest und das Osterfest die Herzen aller so tief mit Stimmungen der Andacht und Zerknirschung durchströmt haben, dass durch sie die Läuterung vollzogen war, und so kein Schatten unrichtiger Auffassung auf den grossen Act der allgemeinen Absolution fallen konnte.

Endlich hat die Kirche ihre Heils- und Gnadenmission in einflussreicher und sicher oft ausserordentlich segensvoller Weise — ohne dass die Gefahr, die in der äusseren, mit religiösen Mitteln arbeitenden Einwirkung auf Richter liegt, verkannt werden soll — zur Geltung gebracht in ihrem Recht der Fürbitte der Geistlichen bei den Gerichten, das schon im Römischen Kaiserrecht bestand und sicher bis in das späteste Mittelalter, wahrscheinlich weit länger, viel geübt ward [16]). Sicherlich pflegte das geistliche Organ, das die Fürbitte einlegte, sich des Schützlings auch späterhin noch helfend und bessernd anzunehmen, vielleicht ihm unter Umständen auch statt der vermiedenen oder gemilderten weltlichen von sich aus Strafe aufzuerlegen, der er behufs der nothwendigen Läuterung sich unterziehen musste.

Denn wie das kirchliche Strafrecht in seinem letzten Grunde eigentlich als ein Gnadenrecht sich darstellt [17]), die Strafe und die Busse als der Weg zurück zu Gott und seiner Gnade, so ist der Delinquent, wenn er deren überhaupt noch würdig und theilhaftig werden will, auch verpflichtet, jenes Recht freiwillig über sich ergehen zu lassen, ja es zu suchen,

---

[16]) E. Loening, Geschichte des Kirchenrechts I, 310, II, 537. — R. Loening in seinem Literaturbericht in der Zeitschr. für d. gesammte Strafrechtswissensch. Bd. V S. 227 ff. — Bes. auch Pertile a. a. O.

[17]) Vgl. die schönen Ausführungen in den Sentenzen des Petrus Lombardus und Brandinus I, 43 und IV, 46. — Migne, Patr. 192: „Justitia enim dei et misericordia non duae res sunt, . . . sed una divina essentia“ und vieles andere mehr. Hier — im 12. Jahrhundert! — finden sich die ersten Andeutungen, die Keime der späteren Entwickelung.

wenn er nicht eine weitere, unter Umständen noch schwerere Sünde auf sich laden will. Schwerer, denn jetzt richtet sie sich gegen Gott direct, dessen Gnade der Delinquent verschmäht, „ein Frevel wider die Ehre Gottes“ [18]), — „deesse officio cultus“ würden die Naturrechtslehrer des 18. Jahrhunderts sagen [19]). — Ein Frevel wider die Ehre Gottes ist auch, aus diesem Grunde einerseits, dann weil die Verhehlung der Wahrheit in heiligen Dingen, und dazu gehört das kirchliche Strafgericht, überhaupt eine Frivolität und eine Sünde gegen Gott ist, das Leugnen und Lügen. „Und Josua sprach zu Achan: Mein Sohn, gieb dem Herrn, dem Gott Israels die Ehre und gieb ihm das Lob und sage mir an, was hast du gethan und leugne mir nichts [20])!“ Wer fehlt, soll selbst der Sühne sich darbieten, und wer andere fehlen sieht, ist gleich verpflichtet, sie auf den rechten Weg zu weisen mittelst der „denuntiatio evangelica“, jener emendatio propinquorum, welcher jeder christliche Glaubensbruder als propinquus gilt.

Dies sei erwähnt, weil diese auf dem Grunde des Gnaderechts erstandenen Dogmen in der Weise, in welcher sie in der weiteren Entwickelung des Strafrechts, namentlich des Inquisitionsprocesses seit den Innozentianischen Reformen fruchtbar waren, Rechtsübungen und Anschauungen zeugten, die auf die Theorie von der Begnadigung im Naturrechtszeitalter stark eingewirkt haben.

Es ist bereits oben angedeutet, wie das geltende weltliche Recht vom kirchlichen beeinflusst war [21]), durch Aus-

[18]) Siehe N. 20.

[19]) Thomasius, Titius u. a. m. Hier § 12 ff.

[20]) Thom. Aq. Summ. theol. sec. sec. quae. 69 art. 1 u. 4, citirt Josua 7, 19. Uebers. Luther (Text der Polyglottenbibel von Stier und Theile 3 Aufl. 1864 S. 33 Bd. 2, 1): Geständniss mildert, Leugnen schärft die Strafe. Tiraquellus causa 30.

[21]) Unten S. II und III ff. Das mittelalterliche Recht kann hier nur nothdürftig angedeutet werden, Theorie wie Praxis, auch so muss

beutung des Fürbitterechts bei den Gerichten, durch Begnadigungsprivileg und durch die Politik der päpstlichen Macht ist vielfach den geistlichen Gewalten Begnadigungsrecht erwachsen. Später zogen es mehr und mehr die Landesherren an sich, besonders die evangelischen als oberste Bischöfe ihrer Landeskirche waren schon dadurch in die Lage dazu versetzt, unter den katholischen hatten die geistlichen Fürsten ihre Reservate. Aber der Papst selbst hat sehr lange noch einen weitgehenden Einfluss behalten [22].

Auch was von weltlichem Begnadigungsrecht bestand, ward mehr und mehr im Lauf der Zeit der Landeshoheit unterworfen.

Der älteste deutsche Strafprocess in seiner accusatorischen Natur verfolgte und vollstreckte nicht ohne energisches Zuthun des Verletzten; so besass der Richter ein Begnadigungsrecht mit dessen Zustimmung, der Verletzte konnte dem Schädiger die Composition erlassen; schon diese selbst als Abkauf härterer Strafe kann man als eine Handhabe der Begnadigung ansehen [23]. Aber selbstständige Begnadigung seitens des Richters war verpönt; von den Merowingern an bis über die Carolina hinaus lassen Bestimmungen gegen die „Taschenrichter“ sich verfolgen [24].

---

oft statt der Versicherung die Vermuthung aushelfen, weil das Gebiet noch grösstentheils brachliegt. Eine Specialuntersuchung darüber ist in Arbeit. Verf. hat die Freude, diese Vermuthungen in der ihm später zu Gesicht gekommenen Abhandlung Frauenstädt's Zeitschr. für das gesammte Strafrechtsw. 17, 887 ff. durchgängig bestätigt zu sehen. Siehe im Uebrigen Pertile und R. Loening a. a. O. Hierselbst II § 5 „Tiraquellus“.

[22]) Pertile a. a. O. N. 52 (L. Sal. 55. 2). — Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz S. 166.

[23]) Der altgermanischen Rechtsauffassung dürfte diese Anschauung durchaus fern liegen, aber unter kirchlichem Einfluss erzeugt, hat sie dem Wergeldwesen sein Ende bereiten helfen.

[24]) Pertile a. a. O. N. 56 (Cap. Aquis. 813, 13). — R. Loening a. a. O. N. 56 (S. 233).

Dem König selbst stand lange kein höheres Recht zu, ausser bei delicta publica, und das doch auch nur darum, weil man sie als Delicte gegen seine Person ansah[25]), wie ja z. B. auch Königsfinanzen und Staatsfinanzen identisch waren, und wie der König bei Verbrechen Anspruch auf das Friedensgeld hatte, weil neben dem direct Verletzten auch der Staat, in diesem er in Person angegriffen war. Ursprünglich bestand sein Begnadigungsrecht wahrscheinlich nur in Verzicht auf das Friedensgeld.

Aber schon unter Karl dem Grossen ist doch der staatliche Strafanspruch und mit ihm das königliche Begnadigungsrecht mehr in Vordergrund getreten[26]).

Es wurde dann später mit Immunitäten und Privilegien massenhaft vergeben; die Fürsten nahmen es von dem Augenblick an für sich in Anspruch, als sie den Blutbann zu eigenem Recht übertragen erhielten, das übrige thaten die privilegia de non evocando und de non appellando. Sie selbst aber blieben vielfach beschränkt durch die Rechte kleinerer politischer Körper[27]); in Oesterreich ist das Begnadigungsrecht der Gemeinden, dessen Alter zumal die vielen damit verbundenen abergläubischen Gebräuche bezeugen, erst dem absoluten Einheitsstaat unter Maria Theresia und Joseph II. erlegen.

Da übrigens die Rechtsanschauung die Begnadigung meist einfach der Strafmilderung unterordnete, erhielt sie sich in gewisser Art auch bei den Gerichten[28]).

---

[25]) Deutlich bezeugt dies das Beispiel bei Pertile a. a. O. N. 53 (Rothar. 36) u. Konrad v. Würzburg, „Otto mit dem Barte“, herausg. v. Hahn, Erlangen u. Leipzig 1838.

[26]) Pertile a. a. O. N. 55.

[27]) R. Loening a. a. O. citirt Sander, Das Begnadigungsrecht der Stadt Feldkirch und des hinteren Bregenzerwaldes. Innsbruck 1883, bei Wagner.

[28]) R. Loening a. a. O. N. 50.

II. Die Vorläufer der grossen Naturrechtsbewegung.

3. Thomas Aquinas.

Die Rechtsphilosophie des Thomas von Aquino beruhte auf dem Gedanken, dass Gottes Wille beschränkt sei durch seine Allweisheit und Allgüte[29]). So habe er unter allen möglichen Welten nur die beste schaffen können, weil aber diese Welt nicht alle Möglichkeiten, sondern nur das Beste enthalte, so sei sie nicht unendlich, sondern sie und alles in ihr nur beschränkt und endlich. Alle Gesetze der irdischen Vorgänge leiden an einer gewissen Unvollkommenheit und können nicht ewig sein. Zu ihnen gehört auch das von Gott den Menschen eingepflanzte, in ihnen lebendige und ihnen von Natur erkennbare Naturrecht, aber darüber steht das vollkommene göttliche Recht, das nicht anders erkennbar ist als durch die Offenbarung, auf dessen logisches Verständniss verzichtet werden kann und muss, weil es dem beschränkten Menschengeist seiner innersten Bedeutung nach doch niemals klar werden kann — „sola obsequii nobis gloria superest“ sagt der vier Jahrhunderte später vom lutherischen Standpunkt aus diese Lehre vertretende Valentinus Alberti[30]).

Darum darf der Beschuldigte vor Gericht nach Naturrecht lügen und wenn verurtheilt, gegen die Strafe sich wehren, „illud enim ad quod natura inclinat, semper est licitum, quasi de jure naturali existens“, aber das göttliche Gesetz verbietet es und so ist es Sünde[31]).

---

[29]) Stahl, Rechtsphilosophie (Geschichte der), Bd. I S. 56. — Gierke, Genossenschaftsr. III. — Ritter, Geschichte der christl. Philosophie I. Auf die Aristoteles nachgebildete Morallehre Aquins und den Zusammenhang der Rechtslehre mit ihr kann, so sehr diese Dinge fortgewirkt haben, hier nicht eingegangen werden, siehe aber z. B. S. 346 N. 76 u. a. m. weiter unten. Bei Thomas a. a. O. quae. 57 ff.

[30]) S. 364. Zu beachten ist auch der feine Unterschied zwischen jus naturale und gentium. Thom. a. a. O. quae. 57 art. 3.

[31]) Summa theol. sec. sec. quae. 69 art. 1 u. 4.

Zu den Instituten des göttlichen Rechts gehört die Strafe überhaupt und besonders in einigen ausgezeichneten Fällen, zu ihnen aber auch in gleichem Masse die Begnadigung [32], [33]).

„Dicitur Jacobi II, 13: Judicium sine misericordia fiet ei, qui non facit misericordiam“, und: „Gott will den Tod des Sünders nicht“, Ezech. XVIII. Das ist sein Urtheil, das judicium humanum aber soll dem judicium divinum zu gleichen suchen [33a]).

Man soll auch bedenken, dass die Strafe in jedem Fall ein Uebel ist, was bei der Gnade keineswegs durchgängig zutrifft [34]).

Der Richter ist aber nicht frei in der Entscheidung, denn nicht sein ist der Strafanspruch, um den es sich handelt, sondern einerseits des Verletzten („accusatoris“), dessen Zustimmung also erforderlich ist, andererseits dessen, der die Strafe als Rechtsfolge des Verbrechens bestimmt hat, Gottes und des (geistlichen oder weltlichen) Herrschers. (Für diesen kommen die Ausdrücke superior und princeps vor) [35]).

Da die Strafgesetze „ad commune bonum“ gegeben sind, so handelt der gegen sie begnadigende „judex inferior“ zum Schaden des Gemeinwesens und macht sich straffällig.

Und es folgen die für alle spätere Naturrechtslehre grundlegenden Schlüsse:

---

[32]) Siehe oben N. 17. Die Besprechung lehnt sich eng an Lombardus an.

[33]) Siehe oben S. 322.

[33a]) Der Gedanke kehrt wieder bei Valentinus Alberti.

[34]) Thom. sagt sogar: „Absolvere reum a poena prodest ei et nihil nocet. Ergo judex licite potest reum a poena absolvere.“ Aber in den weiter bei ihm folgenden Ausführungen (hier S. 333 Ende) liegt implicite die Beschränkung dieses zu allgemein gehaltenen Ausspruchs auf das richtige Mass. Der Gedanke kehrt wieder bei Pufendorf.

[35]) Ueber Begnadigungsrecht des Richters vgl. Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz S. 113 ff. Nachwort S. 13. — Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 1894 S. 725 unten u. 726. — Frauenstädt in der Zeitschr. für das gesammte Strafrechtsw. 17, 890 ff.

Ein Verbrechen kann mit fester Strafe belegt sein von Gott oder vom Fürsten; wie der Mensch von Gott nach seinem Ebenbilde geschaffen ist, so ist der Fürst als Herrscher eingesetzt nach dem Ebenbilde Gottes, und so soll die irdische Weltordnung nach dem göttlichen Ebenbilde gerichtet sein. Darum steht in diesem Fall eine Begnadigung gegen das Staatsgesetz dem Richter so wenig zu als gegen Gottes Gesetz. Nur der Fürst, d. h. die Staatsgewalt hat ein solches Recht und kann es thun, weil von ihr die Staatsgesetze zum Wohl des Staates geschaffen sind wie die Gesetze Gottes von ihm zum Wohl der Welt. Der superior legitimus, die ordnungsmässige Staatsgewalt, vertritt und verkörpert auch den ganzen Staat und handelt nach ihrem Ermessen für das Wohl des Ganzen, aber der judex inferior hat die Gesetze nicht geschaffen, er kann von seinem niederen Standpunkt aus schwerlich zu einer reinen Würdigung dessen gelangen, wessen das Ganze bedarf, und wäre er zu dieser berufen und zum Handeln danach, so wäre er mit einem Male über alle anderen Staatsangehörigen erhoben, und so ist es nicht seines Amtes. Das Recht gehört dem Souverän, und er soll es üben nach Massgabe von propositio 1—3, wie er es vor Gott verantworten kann.

Ist aber arbiträre Strafe gegeben, so richte auch der judex inferior nach Gnade, „in quibus viri boni est, ut sit diminutivus poenarum“ [36]).

Die Begnadigung als Souveränitätsrecht ist hier mit der Bestimmung der Strafe („temperatura poenae“ sagt Alberti) durch den Richter zusammengestellt, aber nur, um auf das Schärfste von ihr unterschieden zu werden, das erstere hat die ganze spätere Wissenschaft nachgeahmt, dem anderen ist sie zu ihrem Schaden vielfach untreu geworden.

Noch ein Wort über eine andere wichtige Eigenthümlichkeit der systematischen Anordnung. Nicht weit von dieser

---

[36]) Aristot. in 5. Eth. cap. 10, 10. 5.

Lehre steht auch (Quae. 69) die Lehre von Geständnisspflicht und passiver Strafpflicht, und ein innerer Zusammenhang ist aus der Behandlung beider wohl herauszumerken. Er liegt verborgen, das sei hier schon angedeutet, in der später unendlich viel besprochenen Frage: „Begründet die Schuld des Verbrechers für ihn eine Schuldigkeit, eine Verpflichtung zum Aufsichnehmen der Strafe?“ Denn dann wäre jede Begnadigung ein Eingriff in die Rechte dessen, dem gegenüber dem Delinquenten die Pflicht zur erfüllen obliegt (zumeist Gottes!) und in sein Recht, sie ganz zu erfüllen.

4. Uebergang.

Die Lehren Aquins besitzen eine fundamentale Bedeutung. An ihnen ist nicht wieder gerüttelt worden. Die nachfolgende Wissenschaft baut auf ihm. Positivrechtliche Forschungen belebten seine Naturrechtsdeductionen, Schritt für Schritt sich ihnen anpassend. Nach und nach haben diese allerdings den Inhalt des Themas ganz ausgefüllt, aber die leitenden naturrechtlichen Ideen leben weiter, von dem positivrechtlichen Gedankengebilde aufgesogen, zu einem festen Bestandtheil derselben gemacht und ihre Richtung bestimmend, so wie die Zellen eines Seethiers allmählich immer mehr Steintheilchen aufnehmen und am Ende des Versteinerungsprocesses, obwohl von den organischen Bestandtheilen des Thiers nichts mehr existirt, doch die Formen bestehen bleiben.

Doch darf dies Gleichniss kein Urtheil adversus jus positivum in favorem juris naturae bilden; im Gegentheil sind z. B. die Leistungen eines Tiraquellus bewundernswerth, der gestützt auf lange praktische Erfahrung und gewaltig umfassende Literaturkenntniss des Thomas Lehren ihre positivrechtliche Ausgestaltung giebt.

Er steht am Ende einer 300jährigen Entwickelung seit Thomas, deren Ergebnisse seine Lehre bringt und die nun-

mehr im Anschluss an sein bedeutendstes strafrechtliches und strafprocessualisches Werk geschildert werden sollen[37]).

5. Tiraquellus.

Andreas Tiraquellus (André Tiraquau) wurde 1478 zu Fontenay le Comte (Poitou) geboren. Dem richterlichen Beruf sich widmend, war er unter Franz I. Parlamentsrath in Bordeaux, unter Heinrich II. Chef des Pariser Parlaments. Dabei war er ein ungemein fruchtbarer und vielseitiger juristischer Schriftsteller, wohl auch eine angesehene und beliebte Persönlichkeit, wenigstens sind manche persönliche Züge von ihm, theilweis in humoristischer Färbung überliefert. Seine zahlreichen Werke sind grösstentheils[38]) von seinem Sohn, der gleichfalls Pariser Parlamentsrath war, herausgegeben und in 2 Bdd. Fol. zu Frankfurt 1574, 1597 und 1616 abgedruckt worden[39]).

So sehr Tiraquellus ein Mann des positiven und praktischen Rechts ist, muss man doch wohl annehmen, dass auch in ihm schon naturrechtliche Anschauungen lebendig und wirksam waren. Es wäre die grosse Bewegung, die Hugo Grotius hervorgerufen hat, kaum erklärlich, ohne dass die Geister, von dem, was er in zündender Form aussprach, doch innerlich schon erfüllt waren; Forschungen von Kaltenborn und vor allem von Gierke haben in dies Vorbereitungsstadium tieferen Einblick verschafft[40]). Auch wird über Themen aus dem allgemeinen Theil des Strafrechts, und gerade über die Begnadigung, selten geschrieben, ohne dass, und wenn auch noch so bescheiden, im Hintergrunde Reste rechtsphilosophischer Speculation sich bergen.

---

[37]) Die Darstellung der Entwickelung selbst kann erst des Verf. Untersuchung über das Begnadigungsrecht des Mittelalters III bringen. Jedenfalls verläuft sie in einer ziemlich geraden Linie, nicht in einer rückläufigen Curve, wie die in der eigentlichen grossen Naturrechtsströmung eine zeigen wird, N. 228.

[38]) Nach seinem 1558 erfolgten Tode.

[39]) Zedler's Grosses Universallexicon, Bd. 44, Halle u. Leipzig 1745.

[40]) Gierke, Johannes Althusius u. Breslau 1880. — Derselbe, Deutsches Genossenschaftsrecht Bd. 3. — Kaltenborn, Die Vorläufer des Hugo Grotius. Leipzig 1848.

Zudem ist die musterhafte Gewissenhaftigkeit, mit der der Gelehrte ein grosses, vollständiges Material heranzuschaffen gesucht hat, geeignet, vieles Wünschenswerthe und Nothwendige zur Kenntniss der positiven Rechtsinstitute beizutragen, die den Naturrechtslehrern vor Augen standen.

So mag des Tiraquellus Lehren ein Platz vor dem Eingang in die eigentliche grosse Naturrechtsentwickelung wohl anstehen.

Sein breit angelegtes Werk „De Poenis legum ac consuetudinum statutorumque temperandis aut etiam remittendis et id quibus quotque ex causis“, 112 Seiten gross Folio im zweiten Theil der Opera omnia, behandelt den allgemeinen Theil des Strafrechts vom Standpunkt einer bis ins kleinste gehenden Imputationslehre. Der Titel selbst und das ihm folgende Verfahren ist wieder bezeichnend für die Stellung der Begnadigung im System in dem Sinn des Thomas von Aquino[41, 41a]. Obwohl wenig citirt, bildet Tiraquaus ausführliche Besprechung vielleicht die Grundlage für die späteren Darstellungen.

Aber gleich wie bei Thomas begegnet auch bei ihm bereits der Keim des Gedankens, der die Begnadigung zum Souveränitätsrecht stempelt. Er fragt „poenam possitne minuere judex ratione amicitiae, quae illi intercessit cum eo, qui deliquit“. (Es handelt sich um das Richten nach Gnade)[42]. Und er antwortet: „Ja, doch nur dem Papst und dem Fürsten (principi), nicht dem simplex judex, quia ille dominus, iste servus et minister legum!“[43].

---

[41]) a. a. O. Caus. 16. 17.

[41a]) S. 334 unten.

[42]) Siehe N. 26 u. Text dazu.

[43]) Auch was Thomas über die Verschiedenheit der richterlichen Befugniss je nach der Möglichkeit von poena arbitraria sagt (S. 334) ist wiederholt. Nur seine Stellung über den Gesetzen, in der aber alles Recht ist, erlaubt dem Souverän oder Papst, auch amicitia und amor (in dem doppelten Sinn der Geschlechtsliebe und von „Interesse“, „Vor-

Alsdann entscheidet er die Controverse, ob Absolution und namentlich die Taufe, nach Begehung eines Delicts empfangen, Gnade sichere[44, 45]), in der oben[46]) angegebenen Weise, dem forum poenitentiale und judiciale, dem göttlichen und dem weltlichen Gericht je das Seinige aussondernd und so für das Kirchenrecht die Vermengung von Absolution und Begnadigung beseitigend, womit ein zweiter Theil der Schlacken von dem reinen Kern entfernt ist[47]).

Dann bringt er allerlei vom Richter zu berücksichtigende, an die Begnadigung streifende Strafmilderungsgründe, als solche die honestas im Sinne des Römischen Strafrechts, das freiwillige Geständniss[48]), Rücksicht auf die unschuldigen Kinder des Delinquenten und ihre Zukunft, drückende Armuth (Geldstrafen sind nicht in andere umzurechnen!), Nothstand u. a. m[49]). Auch „carceribus diu mancipatus clementius plectendus est", Strafen, die den Delinquenten, weil er körperlich leidet, zu hart angreifen würden über das beabsichtigte Strafübel hinaus, sollen erlassen werden[50]); eine Rolle spielt auch die Rücksicht auf die öffentliche Meinung. „Propter scandalum multa fiunt contra jus commune" . . . „Sinite crescere urticas, ne forte eradicetis et triticum"[51]). So darf der Fürst keiner Strafe ausgesetzt sein, „nisi forte peccatum majus quam scandalum." Aber der Fürst ist dafür „propter scandalum, non

---

liebe") walten zu lassen. Siehe auch Causa 52 N. 81. (Nicht, wie ed. 1597 a sagt, C. 52 N. 62. Dies ist ein Druckfehler.) Die Stelle erinnert an Thomas u. Aristoteles.

[44]) a. a. O. Caus. 25.

[45]) Andersgläubige, namentlich Juden, pflegten nach todeswürdigen Delicten dies zu missbrauchen. — Pertile a. a. O. N. 92 Text dazu ff.

[46]) N. 12.

[47]) Wieviel von alledem originell, wird des Verf. Specialuntersuchung über „Das Begnadigungsrecht des Mittelalters III" zeigen.

[48]) N. 20 u. Text dazu.

[49]) Causa 26 u. 30—33.

[50]) Causa 41. 45.

[51]) Matth. 13.

alias" [52]) zu strafen [53]). Ferner „Ubi multitudo deliquit, mitius de poena statuendum [54]). Der Grund ist in der Staatsklugheit zu suchen (und nur die weltliche Strafe ist zu mildern), und hängt hauptsächlich mit Vermeidung des scandalum zusammen [55]). Dabei sollen aber die jeweiligen Rädelsführer die ganze Strenge der Gerechtigkeit immer fühlen, die Schuldigen alle, wenn die Menge „delictum vellet quasi ex sua authoritate defendere". Denn immer ist schwerer der zu strafen, der das Verbrechen vertheidigend zu unterstützen strebt.

Hier haben wir schon einen reinen Begnadigungsgrund; es folgen weitere, solche, die auch bei Grotius und seinen Nachfolgern in erster Reihe figuriren [56]).

Da soll Begnadigung zunächst eintreten, wenn Abschreckung der übrigen Bürger nicht erforderlich ist oder sonst nach Erwägung der Umstände, die Nichtvollziehung der Strafe besseren Einfluss auf sie auszuüben geeignet scheint als der Vollzug [57]).

Ferner kommen in Betracht hohe Verdienste des Delinquenten und seiner Vorfahren.

Oder eine werthvolle Kunstfertigkeit oder sonstige Fähigkeit, in deren Besitz er sich befindet [58]).

Weiterhin wird berichtet über einige mystische Gnadengebräuche, nämlich die befreiende Kraft des Cardinals und der Vestalin [59]) und die damals schon fast erloschene französische Sitte, dass ein Mädchen einen zum Tode Verurtheilten dadurch retten konnte, dass sie ihn zum Gatten begehrte [60]).

---

[52]) Im Original ist diese Wendung causal (quod non alias puniendus).

[53]) Caus. 46.

[54]) Caus. 47.

[55]) Mit diesem Gedanken beschäftigt sich auch Pufendorf.

[56]) S. 348 ff. u. a. m. (344).

[57]) Caus. 48.

[58]) Caus. 49. 50. In Anglia ob quodcumque crimen praeter majestatis non morte sed carcere puniebantur qui legere sciverint (Pufendorf).

[59]) Caus. 54. Siehe oben S. 324.

[60]) Caus. 56.

Endlich ist noch Einiges aufgeführt, was man wieder als reine Begnadigungsgründe nicht bezeichnen kann, was auch Tiraquau selbst zum Bewusstsein kommt. Wer bisher ein unsträfliches Leben geführt hat, besonders wer sich durch tugendhaften Lebenswandel ausgezeichnet hat, soll mit Milde gerichtet werden [61]), dergleichen wessen Verbrechen in der Stille vor sich gegangen ist, so dass die Welt nichts davon bemerkt hat und nicht dadurch in Aufregung versetzt ist [62]). Endlich kann die Strafe ganz wegfallen, wenn durch das Verbrechen etwas unverhältnissmässig grösseres Gutes gewonnen ist, doch nur, wenn der Schuldige dies bezweckte. Und auch in diesem Fall ist sorgliche Erwägung angebracht.

III. Das Zeitalter des Naturrechts.

A. Die philosophisch-rationalistische Gruppe.

6. Hugo Grotius [62a]).

Es geht nicht an, durch Aufdeckung seiner Vorläufer und Quellen den Ruhm des Hugo Grotius tödten zu wollen. Sein Verdienst, die zündende Form der Ideen gefunden zu haben, um eine grosse 200jährige geistige Bewegung zu entfachen, und der Name „Vater des Naturrechts" bleibt ihm zu Recht [63]).

Was aber das vorliegende Thema betrifft, so sind seine und aller seiner Nachfolger Errungenschaften im Vergleich zu dem, was durch die vorhergehende Entwickelung gewonnen ist, ein Nichts. In der Dogmatik der Begnadigung ist man über Tiraquellus, mithin eigentlich über Thomas, nicht hinausgelangt. Was für sie das Naturrecht der Rechtsentwickelung gegeben hat, das lag bei ihm schon dem Gedankeninhalt nach

---

[61]) Caus. 51.

[62]) Caus. 57. Vgl. Text von N. 51.

[62a]) Günther, Die Idee der Wiedervergeltung II S. 102 ff.

[63]) Falckenberg, Geschichte der neueren Philosophie, 3. Aufl. S. 33—40.

vollständig vor und das moderne Recht hätte nicht anders werden können, wenn es das, was von naturrechtlichem Geist in ihm ist, aus seinen Händen unmittelbar entgegengenommen hätte.

Ein Interesse an den weiteren Schicksalen der Begnadigungstheorien vom juristischen Standpunkt aus kann füglich nicht beansprucht werden, es giebt nur ein Historisches an der Frage, wie wohl die Heroen der Naturrechtsepoche über die Begnadigung gedacht haben [64]), und welche Stellung das wichtige Institut in ihren Systemen einnimmt.

Da zeigt sich denn, so wenig sie sich in den Principien von Thomas losmachen können und so sehr sie einhellig die in der Einleitung skizzirte markante Stellung zwischen Staatsrecht und Strafrecht betonen, dass doch häufig die Anhänger gleicher Grundlagen des allgemeinen Staats- und Strafrechts zu ganz verschiedenen und umgekehrt die Vertreter entgegengesetzter Staats- und Strafrechtstheorien zu gleichen oder ähnlichen Endergebnissen kommen, und es herrscht keinerlei Ordnung.

So bleibt, um einen kritischen Standpunkt zu gewinnen, von dem aus sich ein wenig mehr Gewinn einbringen lässt, als ihn die bloss biographische Aufreihung zu bieten vermag, nichts übrig, als auf die allgemeinen Geistesströmungen jener Zeit zurückgehen, unter deren Einfluss die Systeme der grossen Denker entstanden.

Da tritt zunächst in die Bahn eine philosophische Schule mit rationalistischen [65]) Grundsätzen, an ihrer Spitze Hugo Grotius.

---

[64]) Weswegen mit einer Ausnahme den Geringeren wenig Rücksicht geschenkt ist.

[65]) Der Kürze halber ist weiterhin vielfach von „Rationalisten", „rationalistischer Partei" u. s. w. gesprochen, ohne dass im speciellen Fall die Grundanschauungen eines gerade berührten Philosophen stets

Er unterscheidet bekanntlich zwischen positivem Recht und Naturrecht so, dass jenes willkürlich von Gott oder Menschen gesetzt ist, dieses aber vermöge ewigen Gesetzes aus der Naturanlage des Menschen und zwar aus seiner vernünftigen[66]) Naturanlage entspringt. Man kann nicht sagen, dass es aus dem Willen Gottes stammt, das kann nur von der lex divina positiva, jus divinum positivum gelten, vielmehr würde es so auch bestehen, wenn Gott gar nicht existirte[67]), und Gott selbst kann nichts daran ändern, so wie er nichts daran ändern kann, dass zweimal zwei gleich vier ist. Der Hauptausdruck der menschlichen Vernunft ist die Gabe der Rede und im Zusammenhang mit dieser der Geselligkeitstrieb („die Socialität", socialitas), der zur geordneten Gemeinschaft führt. „Unrecht ist, was eine derartige Gemeinschaft Vernünftiger unmöglich macht", im Naturzustande kann jeder sich dagegen vertheidigen und sich rächen, im Staat tritt Strafe ein.

Das Strafrecht ist noch nicht als allein staatliches und im Staat mögliches Recht gefasst (vgl. Grotius a. a. O. II,

---

rationalistische sind — z. B. ist Hobbes in diesem Zusammenhang erwähnt —, weil das rationalistische Element für unser Thema die dominirend massgebende Stellung hat.

[66]) Weshalb die Ausführungen in pr. J de jus. nat. I, 2 u. § 3 D de just. I, 1 zu verwerfen seien.

[67]) Hugo Grotius, de jure belli ac pacis, Paris 1625 I, 1, 10 (siehe auch die Prolegomena). So kühn die Fassung der berühmten Stelle ist, weiss ich nicht, ob nicht gegen den Satz Falckenbergs (Geschichte der neueren Phil. 3. Aufl. 1898, S. 38 N. 3): „Mit diesen Worten wird das Tischtuch zwischen der modernen und der mittelalterlichen Rechtsphilosophie zerschnitten", noch Einwände zulässig sind. Wie Grotius die Unfähigkeit Gottes, das „sibi ipsi repugnans, sensum non habens, qua res exprimatur, sed dictum tantum" zu schaffen mit seiner Allmacht in Einklang bringt, erinnert etwas an Thomas Aquinas (siehe § 3). Nicht das Abschneiden des alten, sondern das Anspinnen des neuen an ihn ist das Wesentliche. Denn nur zu nahe liegen die Schlüsse: Also ist das Ewigvernünftige der Menschennatur eigen, menschlich erkennbar, und: was vernünftig ist, ist natürlich und umgekehrt, welche die spätere Entwickelung leiteten. Siehe weiter Falckenberg S. 39 Abs. 2.

20, 41. III, 19, 2), ausüben kann es freilich nur ein superior, aber das kann auch ein superior virtute sein (II, 20, 3). Denn:

Es muss die Strafe, um sich von der Rache zu unterscheiden, einen vernünftigen Zweck haben. Ein solcher liegt vor für drei Personengattungen, nämlich für „eum qui peccavit“, „eum cujus intererat non peccatum esse“, „indistincte quoslibet“, und er kann liegen in der Besserung, Abschreckung, gewaltsamen Unschädlichmachung des Delinquenten, auch in der Vergeltung, aber dieser Gesichtspunkt ist als unsocial und unchristlich zurückzuweisen (loc. cit. 6 ff.).

Nicht alle actus vitiosi sind daher von Menschen strafbar, denn sie schaden ihnen nicht direct und so hat es keinen Zweck, hier zu strafen, darum überlasse man jegliches Einschreiten Gott, der allein dessen mächtig und dazu befugt ist, „ohne Zweck“ zu strafen. Dahin gehören die „actus interni“ [68]), die „actus inevitabiles naturae“ und die bloss unmoralischen Handlungen und Eigenschaften.

So soll man denn auch mit Rücksicht auf die Zweckmässigkeit begnadigen. Die Gegner der Begnadigung stützen sich auf Seneca, de clementia: „Venia debitae poenae remissio est; sapiens autem, quod facere debet, facit“. Das „debet“ ist die Quelle der Irrthümer.

Denn erstens existirt bisweilen gar keine unbedingte Strafpflicht, sondern nur ein Strafrecht.

Ferner führt die Redensart: „deberi poenam ei qui deliquit“, „dem Verbrecher gehört Strafe“, zu absurden Schlüssen. Man kann dies debere nicht im Sinn einer Verpflichtung auffassen, denn einer Verpflichtung entspricht immer eine Berechtigung und wie wollte man von einer Berechtigung des Verbrechers reden, bestraft zu werden?

Als Begnadigungsgrund von allgemeiner Bedeutung fällt ins Gewicht, dass die Strafe immer ein Uebel ist, quod per

---

[68]) So schon Tiraquellus.

se spectatum non quidem justitiae sed charitati repugnet" (a. a. O. 21 ff.)[69]).

Für die besonderen ist zu unterscheiden:

„Ante legem poenalem" soll man überhaupt begnadigen, wenn immer die Zwecke der Strafe auf dem Weg der Gnade besser oder auch nur ebenso erreichbar sind, wenn sie wegfallen oder wenn triftige entgegengesetzte Gesichtspunkte überwiegen. Das kann vorliegen:

Zunächst bei ganz geheimgebliebenen Vergehungen, wenn es doch sonst nicht erforderlich oder wenn es gar schädlich wäre, sie ans Licht zu bringen[70]).

Zweitens, „wenn einer seine oder seiner Vorfahren grosse Verdienste der Verschuldung entgegenzusetzen hat[71]).

Drittens, „in eo qui verbis emendatus est, aut laeso verbis satisfecit, ut ad eos fines poena jam opus non sit".

„Post legem poenalem" stellt die Frage sich schwieriger, weil doch in gewissem Sinn der Gesetzgeber auch selbst durch seine Gesetze gebunden ist. Aber die vorher vertretenen Ansichten haben auch hier durchschlagende Kraft. Wie die Staatsgewalt eventuell das ganze Gesetz aufheben kann, so steht ihr auch für den einzelnen Fall ein Dispensationsrecht zu, es darf aber das eine wie das andere nicht ohne besonders schwerwiegende Gründe ausgeübt werden (a. a. O. 24).

Welche dies sind, ist nicht mittels einer erschöpfenden Definition anzugeben, jedenfalls müssen sie schwerwiegender sein als bei der Begnadigung ante legem poenalem.

Zu unterscheiden sind innere und äussere Gründe. Ein innerer liegt vor, wenn die Strafe, wo nicht ungerecht, doch im Vergleich zum Vergehen zu hart ist, äussere in den schon

---

[69]) Verf. glaubte dies hierher stellen zu sollen, obwohl es bei Grotius a. a. O. 22 (nicht 32, wie die editio princeps fehlerhaft hat) der Rubrik ante legem poenalem in der dritten Eventualität untergeordnet ist.

[70]) So schon Tiraquellus. Hier S. 340. Decr. Grat. Caus. 23, quaest. 3 c. 19.

[71]) Tiraquellus ebenso hier S. 339.

vorher erwähnten bene merita ipsius delinquentis aut maiorum, oder wenn man für die Zukunft dergleichen von ihm zu erwarten hat[72]. Besonders soll man dies in Rechnung ziehen, wenn die ratio legis theilweise cessirt, das aber kommt häufig vor bei Delicten, „quae per ignorantiam, quamvis culpa omni non carentem, aut per animi infirmitatem superabilem quidem sed difficulter superabilem committuntur (a. a. O. 25. 26).

Endlich ist es namentlich Fürsten dringend ans Herz zu legen, unter Umständen einen Strafanspruch aufzugeben, um Krieg zu vermeiden (II, 24, 1—3). Wurde Jemandem, dessen man sonst so leicht noch nicht Herr werden mochte, Straflosigkeit zugesichert, beispielsweise einem Piraten oder Usurpator, so ist dies nach den allgemeinen Gesetzen der Treue beim Vertrag zu halten (III, 19, 1—3).

Was die Form der Begnadigung betrifft, so hat sie stets ausdrücklich, niemals stillschweigend zu erfolgen.

7. Friedrich Damm's tractatus de poenis (praeside S. Rachel).

Die Schriften Hugo de Groot's fanden so recht lebendige Würdigung in Deutschland erst frühestens 30 Jahre nach dem Erscheinen des Jus belli ac pacis[73]. Es war 1661, als Friedrich Damm, ein sonst kaum bekannter Schüler des seiner Zeit berühmten Professors der Moralphilosophie[74] und Verfassers eines geschätzten Commentars zu Aristoteles' Nicomachischer Ethik, Samuel Rachel, unter den Auspicien dieses seines Lehrers als Inauguraldissertation zur Erlangung der juristischen Doctorwürde in Helmstädt einen „Tractatus de poenis“ veröffentlichte, worin er zuerst die Grotianischen Lehrsätze über

---

[72]) Eine neue, psychologisch fein ausgedachte Wendung.

[73]) Stintzing, Geschichte der Rechtswissenschaft in Deutschland Bd. III, 1898, von Landsberg.

[74]) Mit diesem Amt waren die älteren Professuren des Naturrechts meist verknüpft, auf dessen Entwickelung Rachel nicht ohne Einfluss geblieben sein dürfte. Landsberg a. a. O.

die Begnadigung [75]) weiterspann. Aber nicht durchaus in dessen Sinn. Vielmehr nimmt die kleine Schrift eine äusserst merkwürdige Stellung am Scheidewege ein zwischen der Richtung des Vorbildes, dessen Verbindung mit Pufendorf sie herstellt, und der weiter unten (S. 360 ff.) zu besprechenden theologisch-orthodoxen, welche sich den rationalistischen Ansichten jener Beiden entgegenstemmte.

Es ist der Moralphilosoph, der das Mittelglied zwischen den Juristen und den Theologen bildet.

Im Allgemeinen fühlt er sich zunächst mit Grotius einig; er geht noch weiter, indem er sagt, das Strafrecht könne einen über dem Racherecht erhabenen Charakter nicht würdiger wahren und bezeichnen, als durch ein vernünftig gehandhabtes Begnadigungsrecht [76]).

Mehr an Pufendorf klingt es an, wenn er für die Anwendung der Begnadigung die äusserste Vorsicht deswegen empfiehlt, weil ein Durchbrechen der Gesetze, es sei denn aus ganz besonderen Gründen, dasselbe sei, wie wenn der Fürst sich seine rechte Hand mit der linken abhiebe.

Die Gesetze, welche Strafen bestimmen, sind menschliche entweder, von der Staatsgewalt gegeben und von ihr nach Gefallen, wenn es nöthig, aufzuheben und durch Dispensationen ausser Wirkung zu setzen; wenn der Richter nicht schon selbst genügend dafür sorgte, muss die Begnadigung eintreten, „ne poena major quam culpa [77]).

---

[75]) a. a. O. § 79 ff.

[76]) Damm ist hier vielfach überall in seinen letzten Gründen von Aristoteles beeinflusst. Da die Tugenden in vernünftiger, vor allem leidenschaftsfreier Ueberlegung behufs Unterscheidung des Guten und Schlechten wurzeln, so erhält in diesem Sinn die Gnade, in der ganz besonders die Ueberwindung der Leidenschaften sich zeigt, ihre Stellung als Angelpunkt der Tugend der Gerechtigkeit, „lex est sine appetitione mens“. — „Qui mentem jubet imperare, deum imperare jubere videtur“. — Siehe auch J. F. Witteneber, De actionem moralium principio disp. sec. pr. S. Rachel, Helmstädt 1662.

[77]) Siehe Cicero, De off. I, 7 und 11. Die major poena enthält

Oder die Gesetze sind von Gott gegeben. Da sind zu unterscheiden: ceremoniales, welche nur mit dem Cult zu thun haben, forenses, die nur den Juden als solchen gegeben sind, und morales, die für alle Zeiten und Völker gelten.

„In his nihil licet arbitrio dispensaturae majestati regulariter, quod scilicet nec leges illas tulit nec earum ferendarum potestatem habuit, qua qui privatus est, nec dispensandi aut remittendi libertatem habebit."

Damm lehnt sich hier an den mehrfach von ihm citirten Tiraquellus an, bemerkt dann weiter, man dürfe die ex gratia erfolgende aggratiatio [78]) durchaus nicht mit der „remissio ob causas judiciales" verwechseln, in einem Athem damit rechnet er ihr nicht bloss, auch hierin jenem folgend, die Verjährung zu, sondern wird geradezu zu dem eigentlichen Unheilstifter, von dem die Verknüpfung der Begnadigung mit dem Strafmass consequent angebahnt wird [79]).

Schon Tiraquellus und Thomas hatten mit ihrem Satze: Niemand darf ein Gesetz durchbrechen, als der es gegeben — den ja Damm auch annimmt — die Lehre verknüpft, und das ganz folgerichtig: Wo keine arbiträre Strafe besteht, kann der judex inferior keine Gnade üben. Nun braucht man bloss das Naturrecht von Gott herstammend und den princeps als judicem Deo inferiorem ins Auge zu fassen, um zu dem Ergebniss zu kommen:

„Es giebt Delicte, die ganz besonders das Recht der Natur und aller menschlichen Gemeinschaft verletzen, nämlich

---

eine laesio und damit schwere Schädigung der Gerechtigkeit, deren Fundament das „neminem laedere". Dies spielt späterhin eine grosse Rolle.

[78]) Warum ihm „aggratiatio" eine „inclemens vox" ist, war nicht zu entscheiden, es ist aber nicht wahrscheinlich, dass es sich auf etwas anderes beziehen könnte als den Wortklang.

[79]) Es läuft übrigens Hugo de Groot ganz dasselbe unter, auch er warnt am Schluss seiner Begnadigungslehre ausdrücklich vor einer solchen Vermengung und ist doch selbst auch nicht ganz davon freizusprechen.

idololatria, homicidium, blasphemia; auf sie hat Gott selbst in seinen leges morales certas poenas gesetzt." Dann folgt das schon S. 347 angeführte: „In his nihil licet arbitrio dispensaturae majestati regulariter" u. s. w.

Regulariter! — an dies Wort knüpft dem Sinn nach der merkwürdige Satz an: Quod si tamen gravissima urgeat necessitas, majorisque mali impetus, tum majestas tempori servire, hoc est necessitati cedere non solum potest, sed debet, proque re nata justitiam cum clementia prudenter detemperabit.

Merkwürdig — nicht hinsichtlich der Idee an sich, sondern für jene Zeit; warum und in welchem Sinn er sich bedeutsam erwies, wird an geeigneten und es erfordernden Stellen weiter unten zu zeigen sein [80]).

8. Pufendorf [81]).

. . . „Fatendum est non pauca ab ipso (sc. Grotio) plane esse praeterita, quaedam levi dumtaxat bracchio tractata, quaedam denique admista, quae et ipsum hominem fuisse arguerent [82])."

So schreibt Samuel v. Pufendorf und verspricht, hier die bessernde Hand anlegen zu wollen. Hobbes, Selden und andere inzwischen aufgetretene Schriftsteller sollen dazu mithelfen. Pufendorf braucht sich nicht mit elegant gelehrter Citation der klassischen Literatur als Hauptstütze zu begnügen, er verfügt über ein wirklich wissenschaftliches Material, das er theils billigend, theils bekämpfend verwerthen kann und das ihn in die Lage versetzte, den Höhepunkt der rationalistischen Naturrechtslehre zu erklimmen [83]).

---

[80]) S. 367 ff.

[81]) Günther a. a. O. S. 116 ff. Daselbst vgl. auch die übrigen Genannten.

[82]) Sam. v. Pufendorf, De jure naturae et gentium ll. VIII. praefatio prim. ed.

[83]) Nicht hinsichtlich der extremen Ausbildung der Principien —

An dieser Stelle sei nur hervorgehoben, worin er von Grotius abweicht oder gar ihn bekämpft; im Uebrigen ist, was die Lehre von der Begnadigung im Besonderen betrifft, seine Ansicht als mit der des Grotius übereinstimmend zu betrachten.

In der Lehre von der Strafe markirt sich scharf Pufendorfs strenge, nach Hobbes weitergebildete Staatstheorie. Jener hatte bemerkt: „Im Naturzustande giebt es keine Strafe, weil es keinen Richter giebt [84].“ Spinoza hatte geäussert: „Im Naturzustande giebt es kein Verbrechen, weil das bellum omnium contra omnes herrscht und darin erlaubt ist, was gefällt [85].“

Auf die Frage: „Wie kommt aber nach Beseitigung des Naturzustandes der Staat dazu, das die Freiheit so sehr beschränkende Strafrecht, das Recht über Leben und Tod der Bürger auszuüben, da doch Gott die Menschen gleich schuf und keiner ein Recht über die Freiheit, geschweige das Leben des anderen — kaum doch über das eigene — hat und also auch nicht übertragen kann“ — auf diese Frage antwortet Hobbes: „Das ist ein im Gesellschaftsvertrag und Staatsvertrag nicht mit übertragener Ausfluss des niemals übertragenen Rechts der Selbsterhaltung, das nun die Masse des Volks gemeinsam hat.“

„Aber,“ wendet Pufendorf ein, „das heisst nicht, es gehört dem Staat [86].“ Es muss also wohl mit übertragen sein. Und es ist klar: Was einer nicht allein hat, das haben viele,

---

das blieb Wolf vorbehalten —, sondern hinsichtlich des dauernden wissenschaftlichen Werths und Gewinns.

[84]) Hobbes, Leviathan.

[85]) Tract. theol. pol. cap. 16 (17?) S. 163 ff. der Ausgabe von Ginsberg.

[86]) Nicht dem Staat, den auch Hobbes meinte, denn das ist bei beiden, ihm und Pufendorf derjenige, dessen Oberhaupt spricht: „l'etat c'est moi!“ „Das jus conservandi se ipsum ist ganz verschieden vom jus puniendi, denn es steht Jedem gegen Jeden zu, gegen Höhere, Niedere und Gleiche, in diesem Sinn wird es auch im Nothwehrzustand geübt, dagegen jus puniendi non exercetur nisi in subjectos.“

und was einer nicht allein übertragen kann, das können viele übertragen. Dadurch, dass Einer Rechte Vieler in sich aufnimmt, wird sein Recht eben ein majus, es steht ihm weit mehr zu, als je einem Einzigen zustehen könnte, und nicht nur ein quantitativer Unterschied ist da, sondern wie die Chemie lehrt, dass aus der Verbindung mehrerer Körper ein neuer ganz anderer, in seinen Eigenschaften von ihnen ganz verschiedener Körper entsteht, so ist auch hier sogar ein qualitativer Unterschied zu Tage gefördert worden: das Recht der Staatsgewalt ist nicht bloss ein majus, sondern auch ein aliud, und zwar ein superius.

Gott ist superior homini, er hat das Recht über Leben und Tod unbedingt, auch die Staatsgewalt ist singulis hominibus superior, sie hat das Recht über Tod und Leben, soweit es der Schutz der staatlichen Menschengemeinschaft verlangt; zu diesem Zwecke hat diese es ihr übertragen und jeder Einzelne hat diesem in seinem Interesse geschaffenen jus superioris seinen Nacken genau so gebeugt, wie er ihm jeden anderen, der seine Lebensgüter bedrohen sollte, unterworfen sehen will.

Der superior übt die Strafgewalt aus, und dieser superior ist allein die souveräne Staatsgewalt. Der Grotianische „superior virtute“ ist bedeutungslos; man soll nur darauf sehen, dass der Schuldige nicht von einem gleich schuldigen Richter zur Aburtheilung gelange. Gottes Strafen sind keine eigentlichen Strafen [87]).

Das Wesen der Strafe lässt sich ganz genau deduciren [88]) aus der Definition des Hugo de Groot:

„Poena est malum passionis quod infligitur (ob malum actionis) — per modum coactionis et pro imperio alicui intuitu antegressi delicti — [89]).

---

[87]) Siehe S. 353.

[88]) Nur eine scheinbare Deduction.

[89]) Die Worte zwischen den Gedankenstrichen rühren von Pufendorf her, der sie setzt statt der von ihm gestrichenen (eingeklammerten) Worte des Grotius.

Es muss stets ein Delict vorhergegangen sein, sonst liegt nur Rache vor und die Strafe darf im Verhältniss zu ihm nicht zu gross sein, sonst enthält sie auch Ungerechtigkeit [90]). Darin lag die Unzulänglichkeit des staatslosen Zustandes, dass, da keine Strafe möglich war — „denn das hätte bei der damaligen Gleichheit der Menschen geheissen: den Schöpfer strafen“ — jedes Zuviel bei der Wegnahme des Schadensersatzes, was doch bei Anwendung von Gewalt so leicht mit unterläuft, eine Rechtsverletzung bedeutet und somit zu Nothwehr und Repressalien berechtigt.

Soweit das malum actionis. Was das malum passionis betrifft, so ist die erste nothwendige Forderung, dass die Strafe ein molestum enthält, „invito infligitur“ und damit zusammenhängend, dass sie Zwang erfordert, denn ohne jenes erfüllt sie ihren Zweck nicht.

Darum besteht wohl eine obligatio damni resarciendi, aber absurd ist es, von einer obligatio poenam sibi ipsi arcessendi zu reden. Wo bliebe sonst das Drückende der Strafe? Sie spekulirt ja gerade auf das ihr Widerstrebende in der menschlichen Natur. Aus göttlichen Vorschriften kann man wohl eine Nachgiebigkeit der vollziehenden Gewalt gegenüber deduciren, aber die Herleitung Boecler's [91]) aus dem Naturrecht beruht auf fahrlässiger Denkmethode [92]).

Durchaus vernünftig sagt ja auch jedes positive Straf-

---

[90]) Damm, hier S. 346 N. 76. — Baco, Sermon. fid. 4. — Hobbes Leviathan, 28 spricht von „hostile factum“.

[91]) Henricus Boecler, praef. p. 9.

[92]) Er meint: Die Socialität ist Aeusserung der Natur, das Unrecht gegen den Zusammenhang der Gesellschaft gerichtet, die Strafe hinwiederum als Negation dieses Unrechts ein natürliches Recht und jedem natürlichen Recht steht eine natürliche Pflicht gegenüber. Siehe S. 395. Im Allgemeinen ist derlei Gedankenarbeit, die in ihren Speculationen zu falschen Schlüssen kommt, weil sie das Nächstliegende übersieht — nämlich hier den jedem Uebel, also auch der Strafe sich entgegenstemmenden Naturtrieb, den einfachen Selbsterhaltungstrieb — den Rationalisten jener Zeit noch nicht eigen.

gesetz nicht: „Du, Dieb, stelle dich, gestehe, und lass dich hängen,“ sondern: „Du, Staat, fange, überführe und hänge den Dieb.“ — Sagt doch auch Hobbes (De cive 14, 7) [an dieser Stelle findet sich die „Normentheorie“ nach Art Bindings wie auch bei Pufendorf]: „Secunda pars legis, quae poenaria appellatur, mandatoria est; loquitur tantum ad ministros publicos.“

Und so ist weiter zu sagen: „Sequitur quem ad modum in tribunali humano nemo se ipsum deferre, aut de crimine ultro fateri tenetur, ita iniquum esse in causis criminalibus reo juramentum calumniae injungere. Hobbes de cive (2, 19), colligit responsionem in tormentis facti testimonium non esse, sed investigandae veritatis adjumenta, ita ut sive verum sive falsum cruciatus respondeat, sive non omnino respondeat, jure faciat.“

Freilich muss mit der eben besprochenen Hobbes-Pufendorf'schen Theorie jede Rechtfertigung der Folter fallen, sie ist noch mehr absurd und grausam, widerspricht geradezu dem Wesen des Strafrechts, ja sich selber . . . der Delinquent soll durch sie gezwungen werden, die Strafe, vor der er von Natur zurückbebt, sich aufzuladen . . . welche Unnatur! Von da an ist der Kampf der naturrechtlichen Schule in Deutschland gegen die Tortur, der wohl das meiste zu ihrer endlichen Beseitigung mit beigetragen hat, ihr ständiger Programmpunkt [93]) und steht auch in ganz bestimmter Beziehung zu den Begnadigungstheorien, wovon weiter unten zu handeln ist [94]).

Die Zwecke, denen die Strafe dienen soll, sind im Wesentlichen dieselben wie bei Grotius, nur ist die Abschreckung etwas mehr herausgehoben, hie und da sind Spuren einer Art von Theorie des psychologischen Zwanges [95]) zu bemerken;

---

[93]) Am schärfsten unter Thomasius und seiner Schule.

[94]) S. 367 ff.

[95]) Auf die Landsberg u. a. m. grosses Gewicht legen.

auf die relativistische Zuspitzung wird noch weit mehr Gewicht gelegt als bei Grotius.

Nur das Uebel, das zu einem vernünftigen Zwecke durch Zwang verhängt wird, ist Strafe, das Uebel, das in Folge der rächenden stets der bösen That folgt, ist nicht darunter zu rechnen, selbst nicht die Strafen Gottes, denn Gott, obwohl ein denkendes Wesen, kann ohne Zweck strafen, zur Vergeltung. In dieser Beziehung haben aber die vulgären Redensarten, welche ein Uebel, das irgendwie einen verbrecherischen Menschen trifft, als „Strafe“ bezeichnen, Verwirrung gestiftet. Es ist ganz uncorrect, etwa das klägliche Ende des Nero die „Strafe seiner Unthaten“ zu nennen.

Nur die Zweckstrafe ist gerecht, und frivol wäre es, ut frustra male sit homini, nocenti licet, nobis tamen cognato, ut factum, quod emendari amplius non potest. Die Zwecke der Strafe sind begründet in ihrer Zwangsnatur; zu zwingen hat nur der superior das Recht und die Möglichkeit, ebenso auch nur er die Freiheit des Blicks, um in Beurtheilung des zu Grunde liegenden malum actionis und der des Strafzwecks Gerechtigkeit zu üben: Zwangsstrafe, Staatsstrafe, Zweckstrafe, gerechte Strafe sind nur Merkmale, verschiedene Seiten des Begriffs Strafe, nicht selbst Begriffe, denen Realität beigemessen werden kann. Jede dieser Seiten ist dem Begriff der Strafe unentbehrlich.

Auf diesen Grundlagen ist die Begnadigungslehre von Pufendorf in stricter Deduction aufgebaut. Sein Standpunkt erscheint von vornherein klar:

Der Einwurf, man dürfe nicht begnadigen, weil damit der Unterschied gegenüber den Unschuldigen wegfiele, ist nicht stichhaltig. Deswegen ist man ihnen die Bestrafung des Uebelthäters noch nicht schuldig. „Bonum quod alicui debetur, id ipsi recte subtrahi non potest, sed mali est ea natura, quod scilicet non tendit ad utilitatem ejus cui infertur, ut citra injuriam negari potest.“

Der Gedanke, dass die Strafe als Uebel an sich möglichst

zu meiden, ist schon früher aufgetaucht [96]) und wird sich noch mehrmals zeigen.

Den Einwurf, dass die Strafe, wo nicht den unschuldigen Mitbürgern, so doch dem Delinquenten selbst geschuldet werde, hat schon Grotius genügend widerlegt. Hinzuzufügen ist: „recte non dicitur, delinquenti poenam deberi, quasi in delinquente haereat aliquod jus, quod per poenam sit explendam (nemo enim queritur poenam sibi condonatam nisi forte omissis castigationibus ad solam emendationem spectantibus, ubi post dissimulata vitia puerilia saepe in virilia scelera prorumpitur) [97]). Und andererseits heisst es an dieser Stelle noch einmal, also von Pufendorf selbst in unmittelbaren, absichtlichen Zusammenhang mit der Begnadigung gebracht: „Ita et hoc improprium est, delinquentem poenam debere, seu ad poenam sustinendam aliqua obligatione teneri, cujus ratio supra exposita [98]).

Und noch einmal kommt Pufendorf auf eine etwaige Verpflichtung des Staats dem Delinquenten gegenüber, ihn zu strafen, zurück: Selbst wenn sie bestände, so überwöge doch immer noch die Verpflichtung der grossen Masse der unschuldigen Staatsangehörigen gegenüber, die Strafe eventuell, wenn es ihr Interesse erheischt, nachzulassen die Verpflichtung dem einen Einzigen gegenüber, der noch dazu durch seine Uebelthat den Anspruch auf Rücksicht einigermassen verwirkt hat.

Und es kann das gemeine Interesse es erheischen. Nicht aufrecht zu erhalten ist der Einwurf: „Nihil differre mitem esse aut putare lege constitutas delinquentibus nimium duras

---

[96]) S. 333 N. 34.

[97]) Decr. Grat. caus. 23 qu. 4 c. 24 § 1. — Es ist dies die einzige, sehr charakteristische Stelle, wo Pufendorf eine Art Recht des Delinquenten auf Strafe . . . die aber in seinem Sinn kaum eine ist: „ad charitatem, non ad justitiam pertinet“, würde sein Gegner Alberti sagen . . . anerkennt, das bei seinen Widersachern eine so grosse Rolle spielt. Siehe S. 367 ff.

[98]) S. 351 f.

esse aut existimare legislatorem indignas poenas praescribere" (was das Vertrauen auf das objective Recht erschüttern, also gerade den Zweck der Begnadigung als „Sicherheitsventils der Rechtsordnung" [Ihering] illusorisch machen würde). Es ist nämlich zu sagen: „leges in genere definiunt, quae poenae cuique delicto debeantur, non consideratis peculiaribus circumstantiis [99]), quae in certa persona aut certa rei publicae condicione quandoque occurrunt. At venia singulis indulgetur ob certas rationes, quae haudquicquam in omnibus delinquentibus aut semper deprehenduntur." —

Wichtige Aufstellungen ergeben sich aus Pufendorfs Stellung und Lehre für die Grotianische Unterscheidung der Zulässigkeit der Begnadigung vor und nach Aufstellung des Strafgesetses.

I. Ante legem poenalem: „Alias tralatitium [100]) est, ubi non sit lex, ibi nec poenam nec delictum." Diese Ansicht sollte man auch aus Pufendorf's sonstigem Standpunkt folgern zu können annehmen. Er meint aber: Im Begriff des Strafgesetzes liegt nicht, dass es ausdrücklich sei und eine feste Strafe bestimme. Es kann ein Staat gar keine ausdrücklichen Strafgesetze haben, und hat er sie, so sind sie allemal lückenhaft, „cum omnes modi, quibus humana se malitia exserit, non possint exprimi" [101]). Da tritt zu der Norm subsidiär das Strafgesetz der Natur ein, besonders bei ganz schweren

---

[99]) Siehe S. 348.

[100]) D. h.: „Es ist gemeine Meinung." Dem Sinn von tralatitius nach kann das einen verächtlichen Beigeschmack haben (Freund, Lexicon der lat. Sprache). Vielleicht ein Hieb gegen Spinoza. Siehe S. 367.

[101]) Wie anders die Naturrechtslehrer um die Mitte des 18. Jahrhunderts und später! Das Folgende zeigt aber, wie ein Autor, der wie hier Pufendorf im Grunde die gemässigtere und freiere Anschauung hegt, zu sehr anfechtbaren Consequenzen kommen kann; wie denn Pufendorf's weitere Schlüsse dem modernen Rechtsgedanken widersprechen und auch thatsächlich für eine vervollkommnete Rechtswissenschaft unhaltbar sind.

Verbrechen: „In nulla lege tempus praeteritum reprehendatur [102]), nisi ejus rei, quae sua sponte scelerata ac nefaria est, ut etiam si lex non esset, magnopere evitanda fuerit“ (Cicero in Verr. I). Der Absicht des Gesetzgebers wird man dadurch nur gerecht, — „praetermitti super ejusmodi criminibus poenam non per socordiam eorum, qui tam sanxere leges, sed quod prioribus temporibus nihil ejusmodi accidit“ — denn es ist als oberster Grundsatz im Willen des Gesetzgebers stets der zu betrachten, möglichst vollkommene Gesetze zu schaffen und sonach liegt eine stark extensive, aber berechtigte und nothwendige Interpretation vor.

Natürlich kann das subsidiäre Naturrecht nicht gleich die entsprechende Strafe dem Mass nach mit dictiren, darum ist sie in diesem Falle arbiträr [103]).

Jedenfalls also hat die Staatsgewalt bei jedem Vorkommen eines Reats die facultas puniendi, braucht sie aber nicht immer auszuüben, sondern, wie schon bemerkt, nur wenn das gemeine Interesse es erheischt. Es hängt also ab von dem Zusammenhang der Strafzwecke mit der Strafe selbst.

Es folgt dann die ganze Summe der schon von Grotius aufgeführten Begnadigungsgründe (S. 344 f.), wobei ganz besonders der Fall hervorgehoben wird, dass die Strafe eine abschreckende Wirkung doch nicht haben würde, und Begnadigung empfohlen wird im Falle der Reue, „denn über einen bekehrten Sünder ist mehr Freude als über zehn Gerechte“ und — „die Strafe ist immer ein Uebel.“ Dagegen wäre Begnadigung solcher, die aus Mangel an Reuegefühl oder sonstigen Gründen nicht als in Zukunft unschädlich an-

---

[102]) Der Gedanke, dass Strafgesetze keine rückwirkende Kraft haben dürfen, steht ihm also fest, scheint ihm aber dadurch nicht tangiert.

[103]) Dieser Gedanke wird dauerndes Gut der Naturrechtslehrer aller Richtungen. In Verbindung desselben mit den durch Damm überkommenen Lehren des Thomas und Tiraquellus von der arbiträren und der festen Strafe (S. 347) folgern sie dann die naturrechtliche Zulässigkeit der Begnadigung (S. 375 u. a. m.).

zusehen sind, eine „crudelis misericordia (Appian. Alex. Mischn., Güntherus Ligurino, Sadus. Rosan., Julian. Misopogon)", eben überhaupt gegen „gefährliche"[104]) Verbrecher. König Jacob erklärt (dono regio I, 2) für jeder Begnadigung entzogen folgende Delicte: „magiam, latrocinium, incestum, sodomiam, veneficium, falsationem monetae, appressionem seu vim publicam[105]). —

„Post legem expressam" liegt die Sache weit schwieriger. Es lässt sich aber Pufendorf's Standpunkt aus allem Vorangegangenen mit Sicherheit schliessen, er kommt auf Aehnliches hinaus wie Grotius. Besonders ins Auge zu fassen ist, dass nicht durch zu sichere Gnade die abschreckende Wirkung der Strafgesetze illusorisch werde, und dass nicht das Gesetz überhaupt sein Ansehen einbüsse, „quia auctoritas legum vilescit, si citra gravissimam causam earundem exsecutio omittitur."

Mit diesem Satz ist das Programm da. Der Souverän

---

[104]) Die Anführungszeichen bei diesem Wort sollen es nicht als dictum Pufendorf's darstellen, sondern andeuten, dass in ihm der Begriff der Gefahr im Strafrecht zu suchen ist und zwar in der Weise, wie primitive Strafrechte, so auch dass altgermanische ihn auffassen, denen nämlich das sehr schwere Vergehen als ein zugleich besonders gefährliches gilt, indem es am meisten gefürchtet wird, eine psychologische Eigenheit, die weiter dahin führt, nun auch sehr schwere Vergehungen als ganz besonders dolos anzusehen. (Mithin den Thäter als nicht besserungsfähig. Vgl. was Text zu N. 105 über englisches und italienisches Recht bringt.) Vgl. noch das Wort „geverlich" in Schwarzenberg's Arbeiten.

[105]) Siehe auch Pertile, a. a. O. Hier finden sich neben den gefürchteten magia und veneficium, der verhassten falsatio monetae, der überhandnehmenden vis publica sodomia und incestus wahrscheinlich aus den praecepta Noachidarum entnommen. Sie gelten als besonders verabscheuenswürdig. Die hier den Delicten beigefügten Attribute bezeichnen die psychologische Ursache, welche das einzelne Verbrechen und seinen Thäter als vorzüglich „gefährlich" erscheinen lassen. (Näheres darüber bringt eine fast vollendete Specialuntersuchung des Verf. über den Begriff des Gefährdungsdelicts vom logischen, rechtsgeschichtlichen und rechtsvergleichenden Standpunkt aus. Daraus auch N. 104.)

kann Gesetze ganz aufheben, also auch dispensiren für den einzelnen Fall. Der Souverän, — „summus imperans dico. Nam judicibus pedaneis occini potest illud Lysiae (orat. II in Alcib. I): Si cui mulita videtur gravis aut lex severior, cogitandum erit vos non, ut legem feratis, sed ut secundum leges latas judicetis, huc venisse. Themist. orat. V: Alia regis, alia judicis laus et virtus est, huic sequendae leges, illi interdum etiam corrigendae, earumque severitas ac duritia declaranda, utpote qui viva spiransque lex sit[106]). L. 1 § 2 D. quae sent. sive appell. L. 12 § 1 D. quieta quib. manum." Denn wie hoch auch die auctoritas legum zu schätzen, schliesslich sind doch die Gesetze der Menschen halber da, nicht die Menschen der Gesetze halber[107]). „Inde si poenam secutura foret pernicies eorum, quibus exigendi poena jus est, non magis ad eas sumendas obligatio quam ad propriam vitam destruendam[108]). Dem Staat unentbehrliche Kräfte müssen, wie sehr auch straffällig, verschont werden, genau wie wenn auf einem Schiff die einzige navigationskundige Person sich eines Vergehens schuldig gemacht hat.

Gleichwohl muss die Staatsgewalt sich hüten, sich hier etwas über die Gnadenertheilung hinaus zu vergeben, etwa darüber mit den in Betracht kommenden Delinquenten zu verhandeln oder gar in Bezug auf solch ein nothwendiges Gnadenverfahren feste Grundsätze aufzustellen; es ist zu wenig, wenn Henricus Stephanus (Apolog. pro Herod. cap. 18) gegen die in Italien herrschende Uebung, die einem Geächteten Aufnahme zu Gnaden gewährt, wenn er den Kopf eines anderen Geächteten bringt[109]), einzig den Grund hat, dass sie unchristlich sei. (Gegen diesen Morus, Utopia.)

---

[106]) Siehe S. 334.

[107]) S. 410.

[108]) Der Socialitätstrieb aber, auf dem die Systeme der Gruppe von Naturrechtslehrern, der Pufendorf zugehört, basieren, wird von ihnen als Theil oder wenigstens als Folge des Selbsterhaltungstriebes erklärt.

[109]) Kohler, Studien aus dem Strafrecht II S. 58. 60. 64.

Was die Gründe betrifft, welche die Begnadigung nahelegen, so widerspricht Pufendorf's Ansichten die Teilung des Grotius in äussere und innere.

Der Fall, in dem nach Grotius ein innerer Grund vorliegen soll, nämlich wenn die gesetzlich festgestellte Strafe zwar nicht im Allgemeinen ungerecht, aber für den speciellen Fall zu hart ist, gewährt gar keinen eigentlichen Begnadigungsgrund. Sollten die Fälle dieser Art sich häufen, so dass doch begründete Zweifel an der allgemeinen Richtigkeit des Gesetzes aufsteigen, dann schaffe man es lieber gleich ganz ab; „quod si autem in huius aut illius facto peculiares circumstantiae occurrant, quae ipsius atrocitatem, qualem et quantam lex praesupposuit, minuunt, ex ipsa aequitate judices poenam non quidem penitus tollere, sed tamen mitigare tenentur. Quo casu in ipso facto velut intrinsece haeret causa non quidem veniae, sed poenae temperandae.“ Es ist also eine Art Strafrahmen der Gedanke Pufendorf's, der, wo nicht gesetzlich, wie oben, das jus puniendi ante legem poenalem expressam (S. 355—356) aus dem Willen des Gesetzgebers zu interpretiren ist, dessen oberstes Princip es war, rationelle Gesetze zu schaffen.

Wenn also eigentlich nur die Klasse der äusseren Gründe für die Begnadigung bleibt, so ist auch unter diesen der Gedanke, rationelles Recht zu üben, vorzüglich massgebend. Nun hat ein Gesetz ausser seiner ratio universalis (d. i. „auctoritas et voluntas summa imperii praediti, quae etiam, ubi nulla alia ratio apparet, sufficere debet“) meist noch eine ratio particularis. Diese ist z. B. bei einem Gesetz gegen Aufwand: „ne inutilibus et immodicis sumtibus patrimonia privatorum exhauriantur.“ (Ganz im Sinne des mittel- und osteuropäischen Merkantil-Despotismus!) Wenn nun durch Verletzung eines solchen Aufwandgesetzes eine ausserordentlich reiche Persönlichkeit sich straffällig macht, die durch die incrimirte Ausgabe noch gar keine nennenswerte Vermögensminderung erleidet, so cessirt die ratio legis particularis einigermassen, was denn auch die Begnadigung näher legt.

Weiterhin folgen die causae extrinsecae des Grotius mit der Zufügung: „Hadrianus in reis poenam pro numero liberorum minuisse tradit Xiphilinus epitome Dionis.“ (Vid. Liv. XII, 35.)

Endlich ist noch ein bemerkenswertes beigebracht über Begnadigung wegen der Menge der Fälle des Delicts: „Etsi enim alias delicto non excusat paria peccantes allegasse, est tamen prudentium rectorum providere, ne quae servandae societati humanae inventa et justitia, ad civitatem evertendam valeat:

Necessaria venia est ubi totus deseruit exercitus
(Seneca de ira II, 10.)
Inde laudem meretur princeps qui
Multa metu poenae, poena qui pauca coercet[110].“
(Ov. ex pont. I, 3.)

Siehe auch Tac. Ann. I, 3 u. 4.

B. Die theologisch-orthodoxe Gruppe und der Kampf um das Recht der Begnadigung in Tödtungssachen.

9. Allgemeines (Valentinus Alberti, Selden u. a. m.).

Als Hugo de Groots Lehrmeinung in Deutschland bekannt ward, die das Naturrecht auf der vernünftigen Naturanlage und der erkennenden Vernunft des Menschen einerseits, zum andern überhaupt auf dem vernünftigen Weltprincip beruhen liess, an dem auch Gottes Allmacht nichts ändern könne, unter der unvorsichtigen und nicht gar einwandsfreien Exemplificierung auf das „2 . 2 = 4“ [111, 112]), erhob sich bald ein ener-

[110]) Die Stelle, an der Pufendorf's Neigung zur Strafrechtstheorie des psychologischen Zwangs am stärksten hervortritt.

[111]) S. 342.

[112]) Zugleich mit der energischen Erneuerung der Scheidung zwischen Natürlichem und Positivem (das Natürlich-Vernünftig-Gerechte im Gegensatz zum Positiv-Utilitaristischen). Siehe Falckenberg, Gierke u. a. m.

gischer Protest, ausgehend namentlich von theologischer Seite gegen dies „impium aeque ac absurdum“.

Die beiden Grundprincipien, die nach langem Ringen gegen die Kirche einer neuen Weltepoche Leben gegeben hatten, das Streben nach Befreiung des denkenden Geists vom Dogma auf der einen, das Streben nach innerlich vertiefter, von den entheiligenden Speculationen einer ihre Grenzen verkennenden Vernunft freier Religiosität und gereinigter Moralität auf der anderen Seite hatten durch Ueberwindung und Vereinigung ihrer äusserlichen Gegensätze in der Reformation das Grösste geleistet und das Höchste erreicht, wie denn überhaupt diese Vereinigung den obersten Grad geistiger und sittlicher Vollkommenheit im Menschen zu erzeugen scheint. Die philosophische Anthropologie legt dieses nahe, die Geschichte bestätigt es. Sie wird auch im Laufe der vorliegenden Untersuchung eine zweite Epoche solcher Vereinigung aufzeigen[113], [114]).

Aber die erwähnten äusseren Gegensätze verdunkeln dem bloss oberflächlichen Zuschauen gegenüber den Zusammenhang der zwei Principien so sehr, dass sie meist für unvereinbar und unversöhnlich gelten, und die Anhänger des einen mit denen des anderen im steten Streite liegen. Schon während der Reformation hatte ein solcher fortgewährt; die Humanisten und die theologischen Reformatoren wurden im Innersten nie recht einig; bald nachher entbrannte der Kampf auf der ganzen Linie, um aufs neue zwei Jahrhunderte zu währen und ihnen sein Zeichen aufzuprägen[114a]).

Darin bildet die Entwickelung der Begnadigungstheorie bei den Naturrechtslehrern eine Episode im Rahmen der Grösseren von der Entwickelung der Staats- und Rechtstheorien

---

[113]) Vgl. dazu die glänzenden Ausführungen Stahl's in der Gesch. der Rechtsphilosophie I S. 76 ff.

[114]) Die Epoche um und nach Kant ist gemeint.

[114a]) Frank, Naturrecht etc. S. 27, citirt bei Günther a. a. O. N. 1.

im Allgemeinen. Eine äusserst wichtige Episode vermöge ihrer [115]) Stellung im System des Rechts.

Durch diese bildete die Begnadigung förmlich eine beherrschende Position, von deren Besitz das Schicksal des Ganzen wesentlich beeinflusst wurde; und in der That, sobald sie von der einen der Parteien einmal preisgegeben war — es geschah zuerst durch die Cocceji [116]) —, war ihr ganzes staats- und rechtstheoretisches Lehrgebäude der Vernichtung geweiht. Sie ward Gegenstand gleich des ersten Angriffs [117]) und hartnäckig und ausdauernd vertheidigt, denn jene ihre Bedeutung war von beiden Theilen schnell erfasst und gewürdigt worden. Aber diese Würdigung geschah in verschiedener Weise, die auf die Entscheidung nicht wenig gewirkt hat, auf Seiten der theologischen Partei nämlich nur seitens derjenigen, die unmittelbar an diesen Posten gestellt waren [118]), während auf der anderen Seite nicht bloss die philosophisch denkenden Juristen, sondern auch die namhaften Philosophen zum grossen Theil dorthin ihre Angriffe richteten. Trotzdem waren jene der Zahl nach viel mächtiger [119]), aber — sie haben alle ziemlich dasselbe vorgebracht, wie denn ihr mehr mittelalterlicher Standpunkt durchaus keine so tiefgründige und vielverzweigte Speculation zuliess, wie der kühne, in den reichen Schätzen seiner Blüthe wühlende Rationalismus der Gegner und das Gedächtniss ihrer Namen bestrahlt kein Ruhmesglanz. Requiescant in pace, die Roehrensee „cum cohorte scholasticorum“ [120]), Osiander, Zentgravius, Hemming,

---

[115]) S. 322 ff.

[116]) S. 391.

[117]) Schon Damm schreibt: „de illa (scil. aggratiatione) jam multi prolixe scripserunt“.

[118]) S. 379 ff.

[119]) S. 379 ff. u. Text zu N. 142.

[120]) So sagt der Thomasianer Laurenz Fleischer (S. 385), dessen „Institutiones naturae et gentium“, die nachfolgende Liste entnommen ist, woselbst auch die Theorien jener Autoren über die Grundlagen des

Prasch, Weisius, Hopper, Strimesius, Janus und wie sie alle heissen mögen. Zu ihrem Vertreter sei bestellt, wenigstens was die Grundlagen ihrer Rechtstheorien betrifft, der einzig überragende und von Freund und Feind als das Haupt und der Führer der Richtung verehrte bezugsweise angegriffene Valentinus Alberti, der unversöhnliche Gegner Pufendorf's [121]), Professor der Moraltheologie zu Wittenberg (lebte 1632—1678) [Leipzig?]).

Dem Valentinus Alberti [121a]) ist das Naturrecht mit dem Willen Gottes identisch. Die Fähigkeit, es klar zu erkennen, ist den Menschen durch den Sündenfall verloren gegangen, und die Gewalten der Hölle thun ihr Möglichstes, sie weiter zu schwächen, da ihnen natürlich an mangelnder Erkenntniss des göttlichen Willens durch die Menschen liegt. Es ist also eine religiöse und moralische Pflicht, das Naturrecht kennen zu lernen, und die Normen des positiven Rechts ihm möglichst zu nähern, um damit aus dem status corruptus hinaus auch wieder möglichst in den status integer hinein zu gelangen.

Es ist aber falsch, den Staat erst aus dem Nothbedürfniss des status corruptus heraus construiren zu wollen. Einen Naturrechtszustand in dem Hobbesianisch-Spinozistischen Sinn des bellum omnium contra omnes und des omne permissum hat es nie gegeben, da im status integer noch das reine, göttlich-natürliche Recht herrschte, aber auch in diesem sündelosen Zustand kann der Staat sehr wohl gedacht werden, als die vollkommenste Form der seit den ersten Menschen bestehenden Gesellschaft und muss gedacht werden „propter

---

Naturrechts in nuce bei jedem Einzelnen mit grosser Gewissenhaftigkeit und Anschaulichkeit widergegeben sind, obwohl Fleischer selbst der Ansicht ist, dass alle sich fast gar nicht unterscheiden.

[121]) Dadurch ist er hauptsächlich bekannt.

[121a]) Valentinus Alberti, Compendium juris naturae orthodoxae theologiae conformatum, Lipsiis 1676. Seine Lehre nähert sich vielfach der thomistischen.

gradus virtutis in ipsis hominibus integris" [122]). Das Staatswesen dem Zustand des status integer möglichst gleich zu machen, ist die Aufgabe der Regierenden, ist ihre Pflicht gegen Gott, und die Majestätsrechte, mittelst deren sie ihr gerecht werden können und sollen, sind ihnen in erster Linie von Gott übertragen. Zu diesen würde das Recht der Kriegführung und der Strafe auch in einem im status integer etwa entstandenen Staat gehören, nur „hodie utraque, exigente status corrupti natura, ampliora sunt facta et plures edunt actus". Unbedingt aber müssen sie immer den Zweck des Guten verfolgen: „Poena post malum, ob bonum est infligenda. Intenditur autem in poena justa vel bonum singulorum, vel totius alicuius communitatis; singulorum in poena medicinali et satis factoria, . . . totius communitatis in poena exemplari" [123]).

Nach diesen Zwecken muss sich denn auch das Strafmass (temperamentum) richten, soweit menschliches Gesetz und Urtheil in Frage kommt, und gemäss ihnen wird auch in gewissen Fällen die Begnadigung einzutreten haben. Zu verwerfen ist dabei gleichmässig „Stoicorum rigor et licentia libertinorum", gerade das „sapientem nunquam ignoscere" der ersteren beruht auf Irrthum. Denn was von sapientia im Menschen ist, das besitzt er auf Grund seiner Gottähnlichkeit. „Justitia et misericordia una divina essentia" lehrte Lombardus (hier S. 328 N. 17). „Justus aeque ac benignus", will Alberti, soll der irdische Herrscher in weisem Masse hier strafende Gerechtigkeit, dort milde Barmherzigkeit üben.

Da aber, wo Gott selbst ausdrücklich Strafe bestimmt hat, „sola obsequii gloria nobis superest", und keine Begnadigung darf an den Forderungen des göttlichen Gerechtigkeitswillens rütteln. Auf die Bestimmungen von Gen. 9 und Lev. 18 hat Alberti hier nicht ausdrücklich hingewiesen, immerhin ist

---

[122]) Comp. jur. nat. Cap. 14.

[123]) Comp. jur. nat. Cap. 16.

es in hohem Grade wahrscheinlich, dass er an sie gedacht hat, sich aber im Hinblick auf die Lebhaftigkeit, mit der die Controverse derzeit geführt ward [124]), so dass jeder Leser von selbst sich daran erinnern musste, eine besondere Anführung sparen zu können glaubte, was gleichzeitig seiner Absicht, den allgemeinen Charakter des Werks nicht durch Einzelheiten zu stören, zu statten kam.

[Anm.: Zuständig ist für Strafe und Gnade der superior, d. h. der superior potestate, nicht wie noch Grotius [125]) meint, von Natur auch ein superior virtute, ein solcher kann wohl mahnen und rügen, — „sed hoc ad actiones non juris sed charitatis pertinet“. Dies richtet sich offenbar gegen eine Bemerkung Hugo de Groots, deren Bekämpfung freilich gerade bei dem Theologen Alberti überrascht.]

Was die vorerwähnten Stellen Gen. 9 und Lev. 18 betrifft, so hat wahrscheinlich schon das Mittelalter ihnen als ausdrücklichen Gesetzen Gottes besondere Beachtung geschenkt gleich wie den Geboten des Dekalogs, in denen Albericus Gentilis, Melanchthon [126]) und übrigens auch Alberti die Hauptquelle des Naturrechts sahen; für die wissenschaftliche Welt des 17. Jahrhunderts wurden sie fruchtbar gemacht durch des Engländers John Selden Werk „De jure naturae et gentium libb. 7“. Londinii 1640. Schon alte jüdische Schriftsteller, Talmudisten zumal, hatten gemeint, diese Vorschriften seien, älter als das Mosaische Gesetz, als Grundgesetz aller Menschennatur, ohne die dieselbe nicht möglich existiren könne, von Gott dem Noah ausdrücklich auferlegt worden oder, auf Befehl Gottes von Noah seinen Söhnen eingeprägt worden und nun für die ganze Menschheit als deren Nachkommen einerseits, als existenzbedingende Lebensregel andererseits, verbindlich. Man nannte sie „פָּצוֹה בְּנִי נֹחַ“

---

124) S. 362 N. 117 (Damm), S. 398 (Koch).

125) De jure belli ac pacis II, 20, 2 u. 7.

126) Falckenberg, a. a. O.

(„praecepta seu jus filiorum seu posterorum Noachi" übersetzt Selden, gewöhnlich „praecepta Noachidarum[127]).") Die Reihenfolge und der Inhalt der als solche genannten Vorschriften — es sind immer sieben, man spricht von „septem praecepta Noachidarum — sind nicht bei allen Schriftstellern gleich[128]), aber am Ende laufen sie hinaus auf Verbot von 1. Idololatria seu cultus extraneus, 2. blasphemia, 3. Homicidium, 4. incestus ac concubitus illicitus, 5. furtum, 6. esus membri seu partis ab animali hactenus viventi discerptae, 7. „de judiciis seu regimine forensi atque obedientia, quam civilem vocitamus" [129]).

So berichtet Selden. Er will nichts anderes als berichten. Sein Werk ist kein Dogmenlehrbuch, sondern es wünscht eine vergleichende Rechtsphilosophie zu inauguriren und einen Beitrag zu ihr zu liefern, es treibt vergleichende Rechtswissenschaft im besten modernen Sinn und mit einer Erfassung des Zwecks einer solchen, die lange vor der Zeit der historischen Schule, ja selbst vor Leibniz, dem einzigen einigermassen historisch denkenden Lehrer der Zeit, billig Erstaunen hervorrufen muss[130]).

Aber der Ruf verhallte wirkungslos — obgleich wir heute Seldens Werk als einen der grossartigsten Beiträge zur Disciplin der Rechtsvergleichung anerkennen müssen — und seine Ausführungen wurden in diesem Sinne nicht aufgefasst. Vielmehr bemächtigte sich ihrer der starre Buchstabenglaube der orthodoxen protestantischen, namentlich der lutherischen Theologie („ich kann nicht wider die Schrift!" [131]) Diese vereinigte sie mit Gedanken wie der von Damm ausgesprochene,

---

127) Selden, a. a. O. praefatio.

128) Ibid. I, 10.

129) Ibid. praef. Siehe dort und in dem folgenden unübertrefflich übersichtlichen capitum elenchus auch die sonstigen Stellen.

130) Selden, a. a. O. praef. in fine. Sehr gut berichtet darüber Ludovici, Delineatio historiae juris nat., div. et pos. univ. Halle 1701.

131) Luther im Religionsgespräch mit Zwingli.

hier S. 347 zur Darstellung gebrachte und weiter unten aus einer Schrift Zieglers citirte[132]) und mit den Losungsworten, die Alberti aus ihrer Hochburg Wittenberg in die Welt sandte und so gedieh jetzt ein lange schon im Werden begriffenes und der Vollendung nahes, weiteres Ideengebäude über Strafe und Gnade zum Abschluss, dessen Principien und Folgesätze hiernach leicht zu entwickeln sind. Theologisch begründet, wie sie sind, nähern sie sich jenen alten, oben beschriebenen kirchlichen Anschauungen, wie solche die canonische und gemeinrechtliche Theorie von Strafrecht und Strafprocess durchdrungen haben.

Es sind Fälle, in denen Gott ausdrücklich die Strafe gebietet; in diesen Fällen ist sie Gott geschuldet, nicht bloss auf Grund des Gebots der Gerechtigkeit, sondern als Christenpflicht[133]), deren Verletzung die Sünde des Frevels wider Gottes Gebote oder gar das Verbrechen des Atheismus involvirt. Wohl hatte Spinoza längst darauf hingewiesen, dass die göttlichen Gesetze allgemeine Natur- und Weltgesetze sind, aber auf die Einzelgesetze der menschlichen Gesellschaft keinen direkten Einfluss haben, dass diese vielmehr von den Menschen, allerdings aus der von Gott ihnen anerschaffenen Natur und Vernunft herausgeboren werden, dass aber, weil nur durch diese als Vermittlerin (— höchstens noch durch sonstige innere Offenbarung —) der menschlichen Gesellschaft Gesetze erstehen, sie auch allein nach bestem Wissen und Gewissen die Justiz beherrschen darf, aber wenn „le juif ou plutôt l'athée Spinoza“ [134]) das schrieb, dann war das gerade ein Grund, es nicht anzunehmen. Wohl scheinen Damm und der gelehrte, hoch angesehene Rachel auf einem ähnlichen Standpunkt gestanden zu haben, der sich etwa so formuliren liesse[135]): Delicte wie Idolatrie, Homicidium, Blasphemie, Incest,

---

[132]) S. 371.

[133]) Sola obsequii nobis gloria est.

[134]) Spinoza, Fract. theol. pol. C. 16.

[135]) Bayle, Spinoza. Auch von „Thomasius atheus“ hat man ge-

Sodomie, sind ihrer allgemeinen Natur nach so abscheulich, unwürdig und dem Wesen sittlicher Menschengemeinschaft zuwider, dass Gott in der lex divina moralis seu universalis sie besonders qualifiziren zu müssen glaubte (wenn man so sagen darf), aber für den einzelnen Fall und dessen besondere Umstände ist damit vorgegriffen. Und würde es eine Möglichkeit sein, und würde es einen Zweck haben, alle die nur Gott bekannten möglichen und auf der Welt vorzukommen bestimmten Fälle dem zeitlich, räumlich und in der Kraft des geistigen Vermögens beschränkten Menschen zu offenbaren[136]? In solchen Fällen muss Vernunft und innere Offenbarung das Ihre thun, Hilfe dazu wird die schwere necessitas, die ja allein eine Ursache und Möglichkeit gewährt, von der lex divina moralis abzuweichen, selber geben[137]).

Doch man wollte eben keine Bibelkritik und glaubte es mit einer bestimmten Offenbarung zu thun zu haben.

Also wird die Strafe dem Verbrecher um Gottes und um seiner Seele Heil und (dazu) nothwendiger Läuterung willen geschuldet, man kann ihm keine bessere Gnade erweisen, als ihm diese zu schaffen; und der Verbrecher ist um der Gerechtigkeit und um Gotteswillen Gott und sich selbst

---

sprochen. Selbst Pufendorf hat für Spinoza an der einzigen (Landsberg) Stelle, an der er ihn nennt, nur das Urtheil „crassius eum quam Hobbes philosophari“, „welchen man bewunderte, aber verabscheute“ (Landsberg. Characteristisch die mit Tinte geschriebenen Bemerkungen eines früheren Besitzers des Exemplars der editio princeps von „de cive“, das jetzt der Berliner Universitätsbibliothek gehört, auf dem Titelblatt).

[136]) Hier lag auch die historische Fassung der Idee nahe, dass ja von Natur die Rechtsideen der Menschen mit den Menschen selbst sich ändern, jene Auffassung der praecepta Noachidarum als unveränderliche Offenbarung, also diese mit der von Gott dem Menschen anerschaffenen Natureigenschaft in Widerspruch setzt. Aber es ist ja derselbe Widerspruch, wie der, das vermeintliche göttliche Gebot des poenam sibi ipsi accessendi mittelst der Folter gegen die von Gott geschaffene menschliche Natur mit durchsetzen zu wollen. S. 352.

[137]) Siehe S. 348.

schuldig, die Strafe auf sich zu nehmen. Er soll gestehen! gesteht er nicht, so begeht er eine zweite Sünde. Man foltere ihn! Wie darf zumal einer, der durch Tödtung eines anderen Seele der ewigen Qual ausgesetzt hat[138]), für seinen Körper noch Rücksicht beanspruchen? Und doch foltere man ihn, um seiner Seele willen! Die entgegengesetzten Ideen, die in den beiden letzten Sätzen zum Ausdruck kommen, bilden in ihrer Vereinigung das Ideengebäude, aus dem heraus allein der psychische Zustand erklärlich ist, aus dem all die entsetzlichen Thaten des strafrechtlichen Fanatismus im Mittelalter und in der Neuzeit erklärlich sind, und wie durchaus aufrichtig man für den Delinquenten beten konnte, dem man eben die schrecklichsten Martern ersann. Und wenn das Geständniss nicht erfolgen wollte (im vorigen Satz ist die Execution, nicht die peinliche Frage gemeint), wie berechtigt erschien dem Verstockten gegenüber Anwendung und Steigerung der Tortur! — Kurzum die Logik des Gefühls[139]) sprach durchaus gegen jede Gnade, aber auch die des Verstandes, denn die materielle Wahrheit, welche auf dem Geständniss des Inquisiten, das er vor Gott als Act des Gehorsams gegen dessen Gebot, und das er, obwohl er weiss, es bedeutet sein Verderben, abgegeben hat[140]), beruht, muss doch eine untrügliche Wahrheit sein! Also wozu Gnade? Nicht nach innen ist sie als „Sicherheitsventil des Rechts“ nöthig, auch nicht nach aussen. Das Volk weiss ja, dass die Richter nicht irren!

Dass endlich durch lange Praxis, in der solche Erwägungen massgebend waren, das Gemüth des Richters einer

---

[138]) Den furchtbaren Abscheu, den dieser Gedanke vor dem Mörder einflösste, bekunden viele Stellen des corp. jur. can.; auch braucht man nur aus den Dissertationen die erste beste herauszugreifen, welche die kgl. Bibliothek zu Berlin in ihrer Sammlung: „Varia de homicidio“ besitzt.

[139]) Zumal wenn Ungeduld die Richter erregte!

[140]) Hier tritt der schon bei Pufendorf erwähnte Widerspruch grell zu Tage!

Verhärtung zur Grausamkeit ausgesetzt war, ist nie bestritten worden.

Die praktischen Richter, und unter ihnen der grosse Carpzow [140a]) gehörten in ihren Ueberzeugungen vom Recht der Begnadigung daher alle der Richtung an, die als die orthodox-theologische bezeichnet ist [141]) und helfen so die ungeheure Ueberzahl bilden, der Clüsener [142]) und andere gegenüber zu stehen erklären. Die rationalistisch philosophirenden Theoretiker stehen auf dem Standpunkt der Aufgeklärtheit und der Humanität. Einen merkwürdigen Anblick aber gewährt es, wie einer, der ein Nachfolger in Carpzows Amt, aber zugleich Schüler und glühender Verehrer des Thomasius und Professor an der Universität, auch theoretischer Schriftsteller von grossem Ruf, Georg Beyer, eine fast genaue Mittelstellung zwischen den beiden Standpunkten einnimmt. Von ihm ist weiter unten zu reden [143]). Zunächst sei noch von einem gemässigteren, aber darum vielleicht geschickteren Vertheidiger der orthodox-theologischen Richtung und dann von dem heftigsten Vorstoss von gegnerischer Seite die Rede.

10. Ziegler.

Caspar Ziegler, Professor der Theologie und Jurisprudenz zu Wittenberg (lebte 1620—1691), bringt in seinem Buch „De iuribus majestatis“ (Wittenberg 1681) im 8. Capitel des 1. Buches seine Auseinandersetzungen über das jus aggratiandi. Nachdem er es auf die bekannte Weise motivirt hat, indem er es der Dispensationsbefugniss der gesetzgebenden Gewalt zuordnet, spricht er von Anlässen und Gründen der

---

[140a]) Siehe N. 142.

[141]) Siehe N. 142. Wie Wittenberg ihre geistige Residenz, so bildeten auch gerade die sächsischen Strafrichter ihr stärkstes Contingent und war das sächsische Strafrecht ihr am meisten conform.

[142]) S. 362. 378.

[143]) S. 386.

Begnadigung und zwar so, dass er eine Menge von Strafmilderungsgründen bringt, Damm und Grotius auf diesem Wege folgend, um gleich ihnen dies Verfahren ausdrücklich zu verwerfen. Aber gewisse Strafmilderungsgründe, z. B. jugendliches Alter, will er sogar der lex positiva divina gegenüber wirksam sein lassen, sonst muss diese unbedingt erfüllt werden; was aus den Worten Damms über diesen Gegenstand herauszulesen war[144]), giebt er wörtlich: „Cum enim inferior nec derogare nec abrogare possit legem superioris, etiam principem hic necesse est legislatorem suum, Deum et naturam agnoscere eidemque se submittere.“ Aber die Todesart kann der Fürst stets nach Belieben ändern: . . . . „Des Blut soll auch vergossen werden,“ sagt die Schrift, bestimmt aber nicht, in welcher Weise es zu geschehen habe. In der sächsischen Praxis ward ein dahin gehendes Gesuch regelmässig an den Fürsten zugleich mit dem Todesurtheil eingereicht; Ziegler empfiehlt hier, wie im Allgemeinen, Milde nach Möglichkeit zu üben, denn auch das Gebot der misericordia gehört unter die höchsten Gesetze des Christenthums[145]).

Jedoch von den für die Begnadigung beigebrachten Vernunftgründen des Grotius hält er verschiedene für unzulässig: So den Umstand der notitia paucorum de delicto, „nec enim facere potest . . . occultatio delicti, ut emendetur delinquens, aut ut satisfiat ei, cui nocitum est, et vel paucis illis exemplo opus esse videtur. Reliqua quae habet Grotius, in gravioribus delictis locum non inveniunt, quippe quae perpetrata nec meritis expiantur, nec verbis, sed omnino tum interest reipublicae, ut malus e medio tollatur, ut ne terra inquinetur flagitiis, neve vindictam ab iis, qui neglexere scelera vindicare, supremus index sumat.“ So auch Anton. Matthaeus de criminib. ad tit. quib. mod. crim. exting. c. 5[146]).

[144]) S. 347.

[145]) Aehnlich auch Hanneken und später Cocceji.

[146]) Es finden sich bei Ziegler zahlreiche, aber nicht gut citirte Litteraturnachweise.

11. Die Dissertation des Rembert Clüsener über das Begnadigungsrecht des evangelischen Fürsten auch in Tödtungssachen.

Es hat sich gezeigt, wie die Ansichten der theologisch-orthodoxen Gruppe, namentlich in dem Lutheranerland Sachsen sich theilweise denen der katholischen Kirche ausserordentlich näherten, es ist auch bekannt, dass in Bezug auf Denkfreiheit u. s. w. in Religionssachen die Dinge auch nicht besser standen als vor der Reformation. Im aufgeklärten Preussen wusste man sowohl dem Unwesen der vielen kleinen Päpste statt des einen grossen kräftig zu steuern, als auch den evangelischen Gedanken zu freierer Entfaltung zu bringen. Nachdem Thomasius aus Leipzig ausgezogen, bildete Halle das Hauptquartier für die, welche die Männer von Leipzig und Wittenberg bekämpften, und so ist von Halle aus, gar nicht lange nach seiner Gründung, auch in dem Kampfe um das Begnadigungsrecht der energischste Vorstoss gegen jene vom absolutistisch aufgeklärten und antikirchlichen Standpunkt aus erfolgt in Gestalt von des Westfalen Rembert Clüsener „Dissertatio de jure aggratiandi principis evangelici et in causis de homicidio pr. Chr. Thomasio, Halae 1703.“

Die Arbeit ist so frisch, so schneidig und so unduldsam geschrieben, dass sie sich vielmehr ausnimmt wie eine polemische Broschüre als wie eine akademische Dissertation, ja es muthet fast an, als sei sie zur Unterstützung oder gar auf an Thomasius ergangene Anregung von Berlin her entstanden, wo man wieder stark daran arbeitete, alle Rechte in der Hand des Souveräns zu concentriren und andererseits dem Sachsen den Rang als Vormacht des deutschen Protestantismus abzulaufen [147].

---

[147]) Friedrich Wilhelm I. liess sich von Peter v. Ludewig („Kanzler Ludewig“) dem Schüler von Stryk und Thomasius, demselben, der für Friedrich II. eine Rechtfertigung des ersten schles. Kriegs geschrieben hat,

So beginnt Clüsener etwa: „Unter ‚principes‘ verstehe ich ‚Staatsgewalt‘. Es giebt nur eine Staatsgewalt, die fürstliche; katholische Anmassung ist es und evangelischen Staaten unangemessen, die der Kirche daneben zu stellen und so ‚pretiosissimum regale principum protestantium‘ aufzugeben“ [148]).

Grund dafür, dass nur „das Recht des evangelischen Fürsten“ besprochen wird, ist der: Die Religion hat mit den staatlichen Einrichtungen und mit der Politik nichts zu thun, und die Gebote Christi (Nächstenliebe u. s. w.) haben „Politik und Polizei“ nicht unnöthig gemacht und nicht aus dem Wege geschafft [149]), darum hätten von Grund aus alle christlichen Fürsten das gleiche Recht; aber die katholischen wollen es nicht haben, „denn ihre Religion und der Papst behaupten jenes, und die katholischen Fürsten müssen glauben, was der Papst, auch in weltlichen Dingen, sagt, wie sehr es auch absurd sei, die evangelischen aber haben das päpstliche Joch (jugum papale) abgeschüttelt“ (I, 5—6) [150]).

Darauf bekämpft Clüsener die Theilung der Begnadigung in solche ex justis causis und ex mera gratia, wie sie z. B. Clasen in seinen vier Dissertationen „de jure aggratiandi“ [151]) bringe, und wovon nur die letztere wirklich Begnadigung sei, die erstere der Urteilsfindung zugehöre. Das bewahrt indessen auch ihn nicht davor, an einer späteren Stelle die Principien der Begnadigung mit dem Strafmass in Verbindung zu bringen. (I, 7.)

Begnadigungspflicht existirt nicht. (Die Anabaptisten als stricte Gegner der Todesstrafe behaupten, man müsse, wo

---

eine „diss. de jure reges appellandi“ schreiben, die leider dem Verfasser bisher nicht zugänglich war.

[148]) Deutsche Wiedergabe der Leitsätze von I § 1—3 der Clüsenerschen Arbeit.

[149]) S. 375. Vgl. auch S. 367.

[150]) Kapitel- und Paragraphenzahlen der Clüsener'schen Arbeit.

[151]) Unter Prüscherick, Carpzow, Struv, Eichel. Anders Ziegler, de jur. mai. I, cap. 8 § 4 u. 5.

etwaige Strafgesetze sie statuiren und danach geurtheilt wird, Gnade eintreten lassen, der Fürst müsse alle Todesurtheile cassiren. Das ist falsch. Form. concord. epit. c. 12, p. 264.)

Weil, wie oben erwähnt, die Straferleichterung ex justis causis Sache des Richters ist, so wird einfach das dolose homicidium ins Auge zu fassen sein und nach dem Grad der Schuld nicht weiter zu fragen, aber auch die Frage, ob der Verurtheilte bereut oder nicht, thut nichts zur Sache. Reue und Busse kann geheuchelt werden: es ist falsch, wenn man nur im Fall der Reue Gnade walten lassen will wie Rechenberg und Hanneken[153]). (I, 3—11.)

Beweise aus der lex positiva divina gegen das Naturrecht anführen zu wollen, ist absurd, denn das Naturrecht ist mit dem göttlichen Gesetz überhaupt identisch, und es konnte Gott nicht beifallen, positive Gesetze zu geben, die etwa den allgemeinen widersprächen. Das hat Thomasius diss. de criminine bigamiae § 16 schon nachgewiesen (derselbe ad instit. jur. div. 20, 43). Die Widersprüche in dem natürlichgöttlichen Moralgesetz sind nur scheinbare. (Um sie zu lösen, soll man unter anderem die Formengleichheit der hebräischen Sprache im Futur und Imperativ benutzen, um in Gen. 9 „Wer eines anderen Blut vergiesst u. s. w.“ den Nachsatz futurisch aufzufassen[154]), als generellen Lehrsatz, statt imperativisch und was der theologischen und philologischen Textkritik mehr ist —). Die entgegengesetzten Lehren gehören nur zu den „arcana papatus“.

Das so beschaffene Naturrecht giebt genau an, quod licet, und die Politik, quod conducit, ohne dass an deren Grund-

---

[153]) Hanneken, Theologe, liess erst von einem seiner Schüler Ende des 17. Jahrhunderts eine Diss. theol. de jure aggratiandi principis christiani anfertigen, später gab er sie mit Rechenberg zusammen heraus. Siehe auch Koch, Instit. jur. crim. 96.

[154]) Das jüd. Recht selbst kann nicht Gen. 9 so aufgefasst haben, wie die Gegner wollen, meint Clüsener, denn sonst konnte nicht David den Brudermörder Absalom begnadigen. Siehe auch IV, 3—5 (Clüsener).

principien weder sonst ein göttliches Gesetz noch selbst das Evangelium etwas ändern könnte [155]), überhaupt soll man die rein juristische Frage nicht theologisch behandeln. (I, 12—17.)

Mehr als das quod licet und quod non licet giebt das Naturrecht aber nicht an, so kann es für jeden einzelnen Fall nicht die Umstände und daher nicht die genau gerechte Strafe mit angeben, so wie es bestimmt, man solle Waaren nur für das justum pretium verkaufen und der Arzt solle dem Kranken helfen, welches aber in jedem Fall der billige Preis und welches die geeigneten Heilmittel, nicht. Aber die prudentia politica im arbitrium principis und im positiven Recht können es bestimmen. Jedenfalls kann auf diese Weise keine Rede davon sein, dass „das Naturrecht auf homicidium die poena capitalis setzt“ [156]). (II, 1—7. IV, 1—2.)

Aber selbst wenn es das thäte, wäre zu sagen: praeceptum juris naturae de puniendis delinquentibus in genere non tollit jus aggratiandi in genere (auch dies ist naturrechtlich, zumal die Begnadigung ein Theil des Dispensationsrechts und wer die Gesetze gegeben, sie nach Belieben — (doch ob pundentes causas! [157]) — aufheben und von ihnen dispensiren kann, II, 5), ergo praeceptum juris naturae de puniendo capitaliter homicidium non tolleret jus aggratiandi homicidam in specie.

Endlich „Poenam delinquenti deberi magis poetica quam philosophica lecutione dictum jam ostendit Thomasius Instit. jurispr. divinae lib. 3, cap. 7, § 61 ff.“

Clüsener bringt in seiner Arbeit eine historische Uebersicht über das Recht der Begnadigung, die, obwohl scheinbar äusserst tendenziös gefärbt, doch für den ganzen Gegenstand

---

[155]) Clüsener bezieht sich hier auf die S. 373 besprochene Stelle.

[156]) Vgl. oben S. 347 f. 367.

[157]) Clüsener empfiehlt auch, im Wege der Gnade die Strafe nie ganz zu erlassen, sondern bloss zu mildern.

von so hohem Interesse ist, dass sie wohl nicht übergangen werden darf. Eingehende historische Kritik zu üben, ist freilich noch nicht möglich, und so sei deshalb einfach berichtet, was jener bringt. Was vom römischen, deutschen, jüdischen Recht gesagt ist, ist ohne Bedeutung, auch liegt ihm selbst am meisten am kanonischen, um seiner Kampfeslust gegen Rom fröhnen zu können. Denn ihm ist es ausgemacht: es gehörte zu den besonderen politischen Geheimmitteln der Päpste („arcana papatus"), das Recht der Begnadigung auf jedem nur möglichen Wege, theilweis offen, aber zumeist mit schlauer List an sich zu ziehen, als Werkzeug zu Zwecken ihrer Herrsucht [158]. Er sagt nun:

Das kanonische Recht statuirte: Erstens, das Begnadigungsrecht in Tödtungssachen stehe Laienfürsten nicht zu, nur Klerikern. Zweitens: Der Tödtung schuldige Kleriker seien nicht mit dem Tode zu strafen. Beides widerspricht, wofern ein solches existirt, dem allgemeinen, d. h. alle Menschen bindenden Moralgesetz. In Bezug auf das erstere nahm sich aber der Klerus sogar ein keck gehandhabtes Intercessionsrecht heraus, auch bei impoenitentes, die er der Strafe entzog [159]. (II, 3.)

Dagegen erhebt schon Augustin, Epist. 53, 54, seine Stimme. Den Vorwurf aber, die Geistlichkeit intercedire auch pro impoenitentibus, übergeht er „mit unaufrichtigem Stillschweigen" und legt nachher selbst seine Stimme ein für die theils schlimmerer Verbrechen, theilweise aber auch gerade der Tödtung angeklagten Donatisten, Epist. 158, 159, 160. Rechenberg § 21 u. § 11 [160]. (II, 4.)

Zu dieser unberechtigten Intercession gehört ganz besonders die Begnadigung des zur Richtstätte geführten Verurtheilten in Folge Begegnung mit einem Cardinal (Baldus

---

[158]) Vgl. S. 327, 328. Uebrigens enthält sich Clüsener in diesem Theil seiner Abhandlung (II) stellenweise auffallend aller Citation!

[159]) Vgl. S. 328.

[160]) Decr. Grat. c. 24. Caus. 23 qu. 3.

in libr. ad dict. c. de appellando. Dagegen schon Paulus Castrensis in libr. ad dict. c. de episc. audient. in fine), welches auch vom Staat sehr drückend empfunden wurde und weswegen man den Weg durch Strassen nahm, durch die keine Cardinäle kommen konnten. (Tiraquellus poen. temp. c. 55 in fine.) (II, 5).

„Pertinet etiam ad arcana papatus", das seit dem 4. Jahrhundert bestehende kirchliche Asylrecht, das gleichfalls schon früh drückend empfunden wurde, sogar innerhalb der Kirche selbst, aber von Augustin und anderen vertheidigt wird. Eutropius will es abschaffen, dagegen erhebt sich Chrysostomus tom. II, Homil. 19. Bonifacius (quidam) lässt Jemand, der in seiner Kirche Asyl sucht, hinausjagen; Augustin, Epist. 187, droht ihm wegen offensio Dei mit Excommunication. „Theologi nostrates" wissen zu sagen, das ganze Asylrecht stamme aus dem Heidenthum, so Gerhard, Confessio catholica, tom. I, p. 492[161]). Georg Moebius, de asylis, c. 6, § 8—26, c. 7. (II, 6.)

Um sich für alle diese Uebergriffe den Schein des Rechts zu sichern, hat dann der Papst das plumpe Mittel gewählt, sich auf das mosaische Gesetz zu stützen. Cap. 1. X. de homicidio, 4. ibid. de judiciis; 2. ibid. clerico pugnante in duello. Homobonus, de bonis et de casibus reservatis episcoporum et praelatorum lib. II, cap. 3, p. 279. (II, 7.)

Nicht zufrieden, den Fürsten das Begnadigungsrecht bei Tödtungen entzogen zu haben, verlieh der Papst auch den Angehörigen der Universität Leipzig das Privileg, dass sie, wenn auch der Tödtung überwiesen, nicht mit dem Tode bestraft werden dürften. 1658 und 1660 schaffte der Kurfürst von Sachsen es (in decreto visitationis) als Gottes Wort zuwiderlaufend ab. In Polen aber ward vor noch nicht langer Zeit

---

[161]) Hier ist Clüsener ein lapsus untergelaufen. Es steht zwar an jener Stelle etwas von „aus dem Heidenthum stammen", aber das Subject dazu ist nicht das Asylrecht, sondern die Canonisation.

ein hartnäckiger Kampf zwischen Krone und Kirche um das Begnadigungsrecht in Tödtungssachen geführt, der damit endete, dass es ganz und gar der letzeren anheimfiel, die diesen Sieg wieder erfocht durch die scrupellose Wahl ihrer Kampfmittel.

Das ist der erste Versuch einer historischen Darstellung des Begnadigungsrechts, kurz, flüchtig und als andere als sine ira et studio — aber doch gewisse Grundlagen bestimmend[162]), weil hingeworfen mit der Behendigkeit und Sicherheit des tastenden Gefühls, das die ganze, an Gründlichkeit vielleicht nicht hervorragende Schrift durchdringt.

Einen unmittelbaren positiven Erfolg scheint diese nicht gehabt zu haben, denn wie ihr Autor betont, hatte sie die weit überwiegende, ja herrschende Mehrheit gegen sich und solche Mehrheiten sind so schnell nicht zu zertrümmern. Aber eine namhafte und hervorragende Meinungsäusserung in literarischer Form[163]) liegt von der Gegenpartei nicht mehr vor, deren letzte wirklich bedeutende Vertreter, die beiden Cocceji, gerade in der Lehre von der Begnadigung eine mehr vermittelnde Stellung eingenommen haben und deshalb an dieser Stelle nicht mehr zu besprechen sind.

C. Die Vereinigung der beiden Standpunkte und der Sieg des Rationalismus.

12. Thomasius und seine Schüler.

Der Sieg der Rationalisten im Kampf der beiden feindlichen Richtungen kann der historischen Beobachtung keinen

[162]) Dass es sich im kanonischen Recht in der Hauptsache um die Competenz handelt, wie auch Hinschius angibt, tritt z. B. deutlich hervor. Vgl. S. 326.

[163]) Weil gerade die Praktiker hier das Hauptcontingent bildeten. S. 370. 380 u. a. m.

Augenblick zweifelhaft bleiben. Einzelne Erfolge der gegnerischen Partei wie das Festhalten der herrschenden Meinung an der selbstständigen Bedeutung des jus divinum positivum universale (lex divina moralis) und demgemäss an der Lehre von der Unzulässigkeit der Begnadigung in den Fällen von Gen. 6 und Lev. 18, 6 ff. können an dem Gesammtergebniss nichts ändern.

Strömte doch dem Organismus des rationalistischen Lehrensystems immer neue Kraft zu aus den rings aufblühenden Wissenschaften; die deutsche, englische und französische Philosophie boten immer neue Stützen, neue Argumente. Dabei gehen die meisten jener philosophischen Systeme direkt von dem Verlangen als Basis aus, die besten, vernünftigsten und gerechtesten Bedingungen eines glücklichen Lebens für den Menschen und die Menschheit zu suchen und zu finden, also eine Philosophie, die von ihren Ausgangspunkten an prädestinirt war, ein mächtiger Hebel juristischer Forschung zu werden und dies auch wurde[164]).

Dem entgegen war die Theologie jener Zeit in Streitigkeiten befangen, deren Inhalt für unsere Frage gar nichts bieten konnte, wie sie denn überhaupt wenig oder gar nicht dazu im Stande sein dürfte[165]), zumal sie allzu leicht zur Vermengung von Recht und Sittengesetz führt und im Laufe des Streits oft genug geführt hat. Schliesslich war man ja auch (gerade weil die neuere Theologie wenig bot), beim Suchen einer wissenschaftlichen Basis, auf die alten Kirchenschriftsteller angewiesen, d. h. die katholischen, die man jedenfalls auch vielfach nur ungern heranzog.

Doch auch von aussen mussten die Rationalisten Hülfe finden. Nothwendig beeilte sich der aufgeklärte wie der unaufgeklärte Despotismus, ihre Lehren, die für ihn eine Macht-

---

[164]) Beispielshalber seien nur citirt: Spinoza, De intell. emend. Einleit. — Hobbes, De cive, epist. dedic. Paris 1646. p. IX.

[165]) So auch Clüsener hier S. 375.

erweiterung schaffen halfen, sich zu Nutze zu machen. Mit dem jus aggratiandi et in causis homicidii stand und fiel die absolute Oberherrlichkeit der monarchischen Centralgewalt, zumal über die kirchliche Macht, im Staat, und so ward auch an dieser Stelle die Ausgestaltung des Begnadigungsrechts in der That principiell bedeutsam für die des gesammten Staatsrechts.

Manchem Landesherrn, der selbst zu Felde zog gegen den starrsinnigen Doctrinarismus der Diener seiner Kirche (der grosse Kurfürst gegen Paul Gerhardt! vgl. auch S. 372) mochte es auch willkommen sein, gleichzeitig seinen Helfern in diesem Kampf, den staatsklugen, freigesinnten fürstlichen Beamten Vorschub zu gewähren.

Denn so gruppirten sich nach dem Stande die Parteien: Auf der einen Seite die theologisch denkenden Universitätslehrer, die Geistlichkeit und die grosse Masse der praktischen Strafrichter, auf der anderen neben den Professoren und theilweise zugleich als solche der Staatsmann Hugo de Groot, der grosse Royalist Hobbes, der preussische Kanzler Ludewig[166]), speciell hinsichtlich der Begnadigung und anderer wichtiger Punkte im Strafrecht Cocceji u. a. m.

Aber der Sieg der Rationalisten war kein gewaltsamer, nicht die stürmische Angriffslust eines Clüsener gewann ihn. Sie danken ihn sogar vielmehr in letzter Linie einer gewissen philosophische Mässigung, die sie vor ihren Gegnern auszeichnete, und sie befähigte, das Brauchbare und Gehaltvolle der orthodox-theologischen Lehren in die ihren hinüberzuretten, von denen es allmählich absorbirt ward.

Der erste grosse Führer auf diesem Weg ist Thomasius[167]). Es hat eine Zeit gegeben, zu der er den Valentinus Alberti beglückwünschte, weil er tiefere Principien des

---

[166]) S. 372.

[167]) Seine Anschauungen über die Grundlagen des Naturrechts haben sich zeitweilig geändert, welche Entwickelung zu verfolgen hier nicht angeht, siehe Landsberg a. a. O.

Naturrechts aufgedeckt habe als die flache, hyperrationalistische Lehre von Pufendorf und namentlich Grotius ihr zugeschrieben hatten, die all den grossen und ewigen und unendlichen Ideen des Rechts nur die kleine, beschränkte menschliche Vernunft zu Grunde legen wollten, aber er konnte sich auf die Dauer nicht befreunden mit einer Richtung, die je länger desto mehr über die Vernunft- und Naturanlagen der Menschheit, die als Mitwirkende bei der Bildung von Rechtszuständen unbedingt und deutlich hervortreten, voll blinder und tendenziöser Rechthaberei einfach hinwegsehen wollte[168]) und sich auf diesem Wege nicht scheute, Gebote des Schöpfers, als jener Naturanlage, die sein Werk, zuwiderlaufend zu bezeichnen.

Aber dass Gottes Gebote stets pflichtbegründend wirken, wird weiterhin betont und es bietet sich eine neue Handhabe der Vereinigung dann in der antiken Tugend- und Pflichtenlehre, welche, um diese Zeit wiederbelebt, in der französischen Revolution ihre Rolle spielen sollte, und die bereits bei dem Aristoteliker Friedrich Damm zu bemerken war, dem sie ja auch seine eigenthümliche vermittelnde Stellung gründen half. Schon lange citirt man in den Naturrechtsschriften Aristoteles und mit Vorliebe Ciceros Bücher de officiis, die aus der Mischung der antiken Sätze mit den Resultaten der orthodox-theologischen Gruppe gewonnene Pflichtenlehre machte sich immer mehr zur Beherrscherin der naturrechtlichen Dogmen. Die officia sollen die obligationes begründen.

---

[168]) In diesem Sinn hatte Alberti einen Vernichtungsfeldzug gegen das Socialitätsprincip unternommen. Hierin suchte er Unterstützung bei seinem Freund Seckendorf, mit dem Erfolg, dass dieser — von Pufendorf als Dilettant gebrandmarkte — Schriftsteller in seinen orationes germanicae, Anhang: „Entwurf von dem allgemeinen oder natürlichen Recht“ eine lange Auseinandersetzung über das Socialitätsprincip bringt, die sich als eine Paraphrase von Grotius und Pufendorf darstellt. So zu lesen in der dissertatio proemialis in fine zu Thomasius' jurisp. div., woselbst auch die recht lesenswerthen Ausführungen Seckendorf's wörtlich mitgetheilt sind.

So wäre es nach Thomasius „inhumanum“ nur der Vergeltung wegen zu strafen. Denn der Mensch ist nicht vom Menschen geschaffen, sondern von Gott. Und vergelten kann auch Gott viel besser als je ein Mensch. Darum spricht er: „Mein ist die Rache.“ Aber bessern kann der Mensch den Menschen, darin liegt der Zweck der Strafe, und weil der Mensch für seinen Nächsten das Beste herbeizuführen verpflichtet ist, so gehört die Bestrafung des Verbrechers zu den „officia humanitatis“. So schon im Naturzustand, aber da der Staat nur geschaffen ist, damit man diesen Pflichten besser gerecht werden könne, so schuldet erst recht die Staatsgewalt dem Staate die Bestrafung der Delinquenten: „jus puniendi habet superior intuitu delinquentis et aliorum, obligatus est intuitu Dei et reipublicae[169].“ „Si superior habet jus erga delinquentem ei inferendi poenam, necesse est, ut huic juri in delinquente correspondeat obligatio“[170]. Die Verpflichtung des Verbrechers zur Strafe wird also festgehalten, ist diese Anschauung auch ganz deutlich aus der orthodox-religiösen Gruppe[171] herausgewachsen, so entspricht sie auch durchaus der neuen, erweiterten Pflichtenlehre: Gott, sich selbst und den anderen Sterblichen ist der Delinquent es schuldig, ein besserer Mensch zu werden.

Die strict durchgeführte Besserungstheorie involvirt durchaus nicht die stetige Begnadigung in den Fällen, in denen man die Ueberzeugung völliger Unverbesserlichkeit des Delinquenten gewonnen hat. Der Arzt, der dem Kranken zu helfen verpflichtet ist, wie die Justiz dem Straffälligen, pflegt auch bei Schwerkranken, die dem Tode rettungslos verfallen scheinen, doch, wie gering auch die Hoffnung sei, noch Opera-

---

[169]) Thomasius, Institutionum jurisprudentiae divinae libri tres III, 7, 1—67 ff.

[170]) Hier folgt noch, was später bei Wolf als alleinige Begründung des Satzes dient: „quia jus et obligatio sunt correlata, quorum unum sine altero existere nequit“. Siehe S. 395.

[171]) S. 367 ff.

tionen zu versuchen. Aber wie der Arzt sorgfältig beobachtet, welchen Lauf die Krankheit nimmt, um sie, wenn irgend möglich, ohne Medicamente und Operationen zu heben, „sic debet princepes, qui in poenis semper ultimo reflectit ad utilitatem reipublicae, similes circumstantica ponderare". Hier folgen dann die Begnadigungsgründe von Grotius und Pufendorf.

In Bezug auf die aggratiatio et in causis de homicidio wird eine Ansicht vorgebracht, die nur als eine eingehende Auseinandersetzung der Damm'schen[172]) erscheint, aber als solche insofern wichtig ist, weil Damm selbst bei seiner Kürze nicht von Dunkelheit frei ist. Daher sei sie ganz mitgetheilt.

123[173]). „In homicidium et alia delicta lege divina expressa poena capitali animadverte. 124. Voluit enim Deus certis de causis quorundam delictorum poenas ipse determinare, cui adeo tanquam sapientissimo, et cui interesse[174]) rerum publicarum optime cognitum est, obsequium praestare tenentur principes. (Da wären auch die Aerzte verpflichtet, das von Gott bezeichnete Mittel zu brauchen, wenn es für eine Krankheit eins gäbe.) . . .[175]) Sed potuit tamen etiam Deus in ista determinatione non praecise respexisse ad tranquillitatem generis humani sed alias rationes nobis incognitas"[176]).

---

[172]) S. 347 unten.

[173]) Diese Zahlen bedeuten die Nummern der Paragraphen in Thomasius' inst. jus. div. lib. III. Cap. 7. Das Begnadigungsrecht ist dort von § 64 an gegeben. Dasselbe wie dort ist im Auszug mitgetheilt in dem von Thomasius zur Hilfe für sein Colleg herausgegebenen Grundriss: „Fundamenta juris naturae et gentiam III, 7."

[174]) Unter Einfluss germanicistischer Empfindung substantivisch.

[175]) Die im Speciellen hier gezogene Consequenz, aus dem die Darstellung durchziehenden Gleichniss des Thomasius vom Arzt und dem Kranken (dass Gott ihm wohl gebietet: Schaff Besserung, aber nicht: Auf diesem Wege sollst und kannst du Besserung schaffen) glaubte der Verfasser schon bei der Besprechung der Ausführungen von Thomasius' Schüler Clüsener vorwegnehmen zu dürfen und grösserer Deutlichkeit halber zu sollen. Siehe auch S. 375.

[176]) Der Name Spinozas, dem dies Argument entnommen, wird nicht genannt.

Daraus folgt denn erstens, dass der Fürst, obwohl er sonst das Recht der Begnadigung hat, es in solchen von Gott bezeichneten Fällen — auch das homicidium gehört dazu, die philologischen Umgehungsversuche Clüseners sind falsch und überflüssig — es nicht ausüben darf, auch nicht, „si aliqua reipublicae utilitas, quamvis in spe et [177]) aliquatenus incerta, id suadeat, quonium utilitas incerta reipublicae debet cedere voluntati divinae certae.“ Zweitens aber liegt darin, dass wenn unserer Vernunft, gegen die uns Gott ja hat nichts zumuthen wollen, ein schwerer Schade für Staat und Menschen als Folge der Bestrafung sicher scheint, der Fürst begnadigen kann.

Mit dieser im Sinne Damm's gehaltenen Ausführung ist auch die Rechtfertigung der Begnadigung in Verbindung mit der Theorie vom Strafmass übernommen. Das wurzelt von da an einmal fest [178]).

Dass die Einführung der Pflichten- und Tugendlehre bereits schon auf Pufendorf ihren Einfluss übte, zeigt allein schon die Eintheilung seines grossen Hauptwerks. Er hat aber auch zur Ergänzung desselben und als Streitschrift gegen Alberti ein Buch de officiis hominis et civis juxta legem naturalem 1673 veröffentlicht. Dieses hat Thomasius' Lieblingsschüler Titius zu commentiren und mit den Lehren seines Meisters in Einklang zu bringen unternommen, 1709. Er hat auf diese Weise ein überaus geistvolles Büchlein hervorgebracht. Es ist darin gesagt: Gott hat die Menschen erschaffen zu seiner Ehre, darum fordert er von ihnen Verehrung, fordert aber auch von ihnen, dass sie

[177]) Uebers.: „die doch auch“ oder „zumal solche“.

[178]) Diese Ansicht, die es ja war, welche den Thomasius zum Gegner Alberti's machte, beweist, welchem unbedingten Rationalismus er bei aller seiner Religiösität und bei seinem Suchen „nach tieferen Fundamenten des Naturrechts als die von Grotius und Pufendorf gegebenen“ huldigte. Siehe auch Landsberg a. a. O.

für ihre Selbsterhaltung sorgen und dazu direct die φιλαυτία. Diese aber genügt nicht, sondern es muss auch gegenseitige Hülfe und Liebe unter den Menschen walten, damit sie gedeihen, und so hat er die Menschen geschaffen und verpflichtet, einander zu lieben. Schon hieraus ist zu sehen, das die Pflichten zerfallen in Pflichten gegen Gott, sich selbst und andere, von denen die beiden letzteren Kategorien der ersteren untergeordnet sind. Die Grundforderungen sind: neminem laedere, socialitatem exercere, malum ab aliis avertere. Daher ist auch zu strafen, wer seine Pflichten verletzt, zugleich müssen Strafgesetze deshalb bestehen, weil Belohnungen und Strafen es sind, die die Menschen zur Erfüllung ihrer Pflichten anhalten. Die Begnadigung ist in allen Stücken so motivirt wie bei Thomasius. —

Johann Laurenz Fleischer hebt nachdrücklich das Verdienst des Thomasius um die Schaffung der combinirten Naturrechtstheorie hervor in seinen institutiones naturae et gentium: „Primum principia socialitatis adjunxit leges divinas universales.“ Er giebt dazu eine kurze Uebersicht der Geschichte der Theorien, in der eine ausgiebige Literatur sich findet. Zu der sonstigen Thomasianischen Begründung gegen die lex positiva divina fügt er hinzu: Gen. 9 u. Lev. 18 betreffen das Naturrecht im weiteren Sinn, welches zerfällt in das justum, honestum und decorum [179]). Gegen das honestum und decorum kann mancher verstossen, ohne ein Verbrecher zu sein, so z. B. sei es mit dem Incest und der Sodomie, für welche die Todesstrafe absurd wäre, blosse Verletzung des Naturrechts im weiteren Sinn fordert noch keine Strafe; das justum hingegen bildet das Naturrecht im engeren Sinn, und Verstösse gegen dieses sind strafbar.

[179]) Mit dieser aus der antiken Rechtsphilosophie übernommenen Einteilung arbeitete sonst auch schon Thomasius. Siehe auch Fleischer a. a. O. Vorrede.

Georg Beyer[180]) endlich, gleich Titius ein bevorzugter Schüler des Thomasius, ist zwar in seinen Grundanschauungen Rationalist wie kaum ein anderer[181]), aber seine Anschauungen in Bezug auf Strafe und Begnadigung sind durchaus denen der theologisch-orthodoxen Richtung conform. „Determinavit jus positivum poinam homicidie, quam princeps nec mitigare, nec remittere valet.“ Und „Salva conscientia nec fuga sibi consulere nec crimen negare, minime vero carcerem effringere aliisve mediis poenae se subducere poterit, quod posset omnino, si ad poenam non esset obligatus“.

13. Die beiden Cocceji.

Die immer mehr an Boden gewinnende Pflichtenlehre hat darum so sehr sich als einigendes Band erwiesen, weil auch auf der theologischen Seite sie mit der Zeit sich in den Vordergrund der Betrachtung schob. Hatte Titius geschrieben, Gott verlange von der Menschheit gedeihliches Leben und daher vom Einzelnen Selbsterhaltung und habe ihm dazu in erster Linie den Trieb der Selbstliebe, in zweiter den der Nächstenliebe gegeben, welche zusammen die Socialität ausmachten, aus der dann die zum gedeihlichen Leben der Menschheit erforderliche Gerechtigkeit gezeugt werde, so entgegnete man von der anderen Seite her, die Socialität sei wohl der Trieb der zur Verwirklichung des Nützlichkeitsgedankens (utilitas) beitrage, dem aber der Gedanke der Gerechtigkeit (justitia) noch durchaus fern liege, wie denn auch nur die Selbstliebe in Erwartung nützlicher Hilfe des anderen gegen Gewährung derselben, nicht aber die Nächstenliebe etwas mit ihr zu thun

---

[180]) G. Beyer, Delineatio juris naturalis, divini et positivi universalis, Lipsiae 1716: er genoss grosses Ansehen und errang hohe Würden. Ueber seine Stellung zur Strafrechts- und Processtheorie auch S. 370.

[181]) So sehr, dass er ein Hauptgewährsmann für Wolf ward S. 394.

habe. Kurzum, weder Nächstenliebe noch Gerechtigkeit, noch aber gar die Verpflichtung zu beiden lässt sich aus der Socialität in irgend einer Weise erklären. Das hatte gelegentlich auch schon Valentin Alberti bemerkt[182]), jetzt sagte man: Die Gerechtigkeit muss und kann einzig philosophisch construirt werden als ein Ausfluss von Gottes Heiligkeit. Als er die Welt schuf, konnte er nicht anders als auch die Gerechtigkeit, die in ihm ist, mit hinein zu legen und vor allem in den Menschen zu legen, den er nach seinem Ebenbilde erschuf[183]). Die Verpflichtung zur Gerechtigkeit ergiebt sich nun aus der Theorie von Valentin Alberti, dass die Pflicht besteht, sich so sehr als möglich zu Gott zu erheben. So lehrte die Schule, die um Heinrich Bodinus sich sammelte[184]).

Die Lehre der beiden Cocceji, begründet von Heinrich von Cocceji[185]), in seinem Sinn in pietätvoller Liebe und Sorgfalt zu Ende geführt von seinem Sohn Samuel, dem späteren preussischen Grosskanzler[186]), findet den Grund von Recht und Gerechtigkeit nicht unmittelbar in Gottes Heiligkeit, sondern in seinem durch diese gelenkten Willen. Gott konnte den Menschen schaffen, er konnte es auch unterlassen, darin,

---

[182]) Ausser in seinem citirten Buch finden sich durchaus sachliche Mittheilungen darüber bei seinen Gegnern Pufendorf und Thomasius, in deren Hauptwerken über Naturrecht besonders.

[183]) Deswegen ist sie nun auch in der Gestalt des jus naturale mit dem menschlichen Wesen unlösbar verknüpft.

[184]) Henricus Bodinus, Disp. de jure mundi, u. a. m., z. B. de poenis innocentium von demselben. — J. F. Schmidt, Diss. de obligatione forensi, Halae pr. Bodino. 1696.

[185]) Juris publici prudentia, Frankfurt 1635. Er war Professor daselbst, vorher zu Heidelberg, wo auch Samuel v. C. geboren ist. Landsberg a. a. O.

[186]) Novum systema justitiae naturalis et Romanae, Berol. 1740. Vorher: Dissertatio de principio juris naturalis unico, vero et adaequato, pr. Henrico Coccejo, Frankfurt 1699, eine frisch geschriebene, von Begeisterung für seines Vaters Lehren durchsetzte Arbeit des 20jährigen Cocceji.

dass er ihn geschaffen hat und ihm Bewusstsein für Gutes und Böses, und die Möglichkeit, Gutes und Böses zu thun, gegeben hat, liegt der Ausdruck seines Willens, dass der Mensch gerecht sein und Recht üben soll. Denn sonst hätte ihn Gott so nicht erschaffen: „Ex voluntate et jussu creatoris obligantur omnes creaturae, quae id intelligere possunt, quia creatoris absolutum est in creaturam suam imperium, quippe quam potuit creare vel non creare et quacumque lege creare[187]).

Das Mittel aber, durch das wir das Gerechte erkennen sollen, ist — hier wird ein in diesem Zusammenhang bedeutsam Neues eingeführt — die Vernunft. Durch sie vermag der Mensch die göttlichen Forderungen zu erkennen und Mittel zu finden, um ihnen gerecht zu werden: gäbe es solche Forderungen nicht, dann wäre alle Religion und sittliche Weltordnung leerer Schein und Trug, und es existirte keine Gerechtigkeit, sondern nur Nützlichkeitsprincipien und Selbstsucht im Menschen, und eine Ursache und ein Zweck des Menschen wäre nicht; aber das ist absurd, denn die Religiösität und die Sittlichkeit und die Gerechtigkeit sind a priori im Menschen nachweisbar, sie sind von Gott und in Gott, und der von Gott zu seiner Ehre geschaffene Mensch ist also um ihretwillen geschaffen. Deswegen aber, um sie üben zu können, um Gutes und Böses, Gerechtes und Ungerechtes unterscheiden und als solches üben zu können, hat der Mensch die freie Vernunft erhalten: „. . . Dei voluntatem pro principio unico, vero et adaequato posui . . . atque Creatorem hanc voluntatem hominibus per rationem satis declarasse, simulque legem dedisse, ne jus hoc naturali ratione aliis quaesitum turbent vel auferant (probabimus). Cum hac lege ergo nati sumus et ad hunc finem nos Creator existere voluit; . . . sane negligi

---

[187]) Als Quelle des Rechts ist wieder die Verpflichtung angesehen Es kommt nun darauf an, ein Princip zu finden, in dem Pflicht und Verpflichtung begründet liegen. Auf der Pflicht beruhen alle Tugenden, beruht die Gerechtigkeit. S. Cocceji, Diss. de un. § 11, 12 u. s. w.

absque impietate haec disciplina nequit, quia negato jure naturae omnis religio adeoque omne rei publicae fundamentum everteretur. Si enim deus nihil ab hominibus exegit (= fordern, verlangen, wünschen, frz. exiger, so vielfach in jener Zeit statt in der Bedeutung des klass. Latein vollenden, wie in „Exegi monumentum“ Hor. Carm. III, 30), id est, si jus humano generi non constituit, nihil natura erit prohibitum adeoque omnis mali et boni ratio cessabit, nulla foret transgressio legis, utpote quae non existeret, adeoque nulla agendi vel omittendi necessitas, nulla praemiorum spes, nulla poenarum metus. Unde cultus dei, sacrificia, preces eoque omnis religio merum erit inventum hominum vulgi continendi causa effictum: Frustra quippe expiarent homines crimina, quae naturali ratione non dantur“ [188]).

Vielfach klingen hier Cocceji's Worte, als hätte der werdende Geist Kant's sie ihm eingeflüstert [189]). „Wenn Gott von den Menschen nichts forderte“ und was folgt, gemahnt das nicht an den kategorischen Imperativ? Und bei der Stellung und der Wirkungsaufgabe, die Cocceji der Vernunft und ihrer Freiheit anweist — wie sollte man nicht an die Stellen in Fichte's Briefen denken: „Ich glaube jetzt von ganzem Herzen an die Freiheit des Menschen und sehe wohl ein, dass nur unter dieser Voraussetzung Pflicht und Tugend überhaupt möglich ist.“ . . . „Seit ich die Kritik der praktischen Vernunft gelesen habe, . . . sind Dinge, von denen ich glaubte, sie könnten mir nie bewiesen werden, z. B. der Begriff einer absoluten Freiheit und Pflicht, mir bewiesen . . .“ u. s. w.

Die Grundforderung der Gerechtigkeit, ja gewissermassen der mehr sinnfällige Ausdruck für den Begriff ist das suum cuique tribuere. Wie Cocceji dem Titel seines Werkes nach

---

[188]) Siehe Cocceji's Hauptwerk I, § 11 ff., cap. VI § 50 ff., Lib. V cap. 5 § 503 ff. (Strafrecht), vor allem auch die ganze Inauguraldissertation.

[189]) Siehe S. 409 f.

es sich zur Aufgabe macht, Römisch Recht und Naturrecht in Einklang zu bringen, so geht seine weitere Deduction in Römischen Rechtsparömien vor sich, „jus oritur ex contractu et ex delicto, ex delicto laesus actionem habet in laesorem“. Aus dem Grundgebot des suum cuique tribuere folgt, „ut reparet (laesor) injuriam, etsi non factus sit . . . locupletior; ex facto illicito tenetur ad reparationem injuriae, id est ad jus suum cuique tribuendum, praestandum tantundem, si damnum datum aliter resarciri nequit“. Hieraus wird das Talionsprincip abgeleitet.

Ohne Verletzung aber keine Strafe und keine actio auf Strafe, auch der magistrat hat sein jus puniendi nur qua laesus, indem er durch die Uebertretung seiner Gesetze, auf deren Befolgung er ein Recht hat, verletzt wird. Er soll aber auch nur gegen Verletzungen Strafgesetze machen. Gott ist vollkommen, seine Allmacht bewirkt, dass er keine Verletzung erleiden kann: Häresie, Atheismus, Idololatrie u. s. w. sind keine Verbrechen, also nicht zu bestrafen [190]).

Die Strafe bestimmt sich durch die Talion, deren Deduction oben angedeutet ist. Die Gedankengänge entsprechen den kantianischen [191]); es wird schliesslich von Cocceji talio synonym mit poena gebraucht.

Es heisst weiter: obligatio finitur remissione: a) laesi, quae non praejudicat juri superioris; b) judicis, quae aggratiatio dicitur (jus. nat. et Rom. V, 5, § 517).

An einer andern Stelle (ibid. §. 561 n. 8 ff.) heisst es: Da der einzige und natürliche Zweck der Strafe die reparatio

---

[190]) So weit haben es die Rationalisten bis dahin nicht gebracht. Es spricht der Berather Friedrichs deutlich genug in diesen Worten, auf den er in Rechtssachen denn doch mehr Einfluss gehabt zu haben scheint als sein Lieblingsphilosoph Wolf.

[191]) Siehe S. 408 ff. Dort werden Vergleichsstellen producirt. Die Einschränkung Kant's, dass die Talion nicht nach rein äusserlichen Grundsätzen geübt werden müsse, hat Cocceji auch bereits. — Berner, Lb. des Str.-R. 18. Aufl. S. 6 u. a. m.

injuriae ist, talio finitur: a) morte; b) per aggratiationem, id est remissio poenae. Quae fieri nequit:

1. in praejudicium tertii, cui reparatio illa debetur,

2. in delictis, ubi ipso naturae jure talio requiritur, non ergo princeps dispensare potest de homicidio.

Ausdrücklich also leugnet auch Cocceji hier das Recht des Fürsten, in Tödtungsfällen Gnade walten zu lassen. Trotzdem dürfte die an anderer Stelle[192]) gemachte Bemerkung zu rechtfertigen sein, Cocceji habe „den Standpunkt der theologischen Richtung in Hinsicht der Begnadigung aufgegeben". Dafür spricht: 1. Dass Cocceji neben Gottes Gerechtigkeit als Attribut seiner Heiligkeit seine Allgüte und Milde anführt, dass auch die Uebung dieser göttliches Gebot ist. Das hätte aber auch schon Ziegler unterschrieben. Wichtiger ist 2. die Bedeutung, die Cocceji der Vernunft beimisst. Die Vernunft soll uns den göttlichen Willen aufklären, es wird von Gott aus kein positiver Befehl an uns gerichtet. Die Talion ist eben das von der Vernunft bei Tödtungen als das richtige Mass der Vergeltung von selbst angegebene; die heil. Schrift wird nur als Belegstelle, nicht als Rechtsquelle angeführt. Dabei ist ganz besonders zu beachten, dass Cocceji die Religionsverbrechen, die dort unter den praecepta Noachidarum auch als mit Todesstrafe zu belegen ausgezeichnet sind, nicht so bestraft sehen will[193]). Mit dem Incest und der Sodomie würde es sich ganz ähnlich stellen.

Im Anschluss an seine Begnadigungstheorie wendet sich Cocceji noch gegen die Asyle, da der Aufenthalt in einem solchen die Ansprüche des Verletzten nicht befriedige und die Talion nicht ersetze[194]).

---

[192]) S. 362.

[193]) Auch der Ausnahme, die sogar Kant hinsichtlich der Häufung der Fälle statuirt, würde Cocceji wohl nicht widersprochen haben. Siehe S. 409.

[194]) S. 390.

14. Heineccius

stellt sich als ein Eklektiker dar, der von Thomasius, Pufendorf, Cocceji, Titius und Laurenz Fleischer das ihm brauchbar Scheinende entnimmt und im Sinn der Pflichtenlehre wie jene systematisirt. Mit dem von ihm hochgeschätzten Wolf verbindet ihn ein Hinneigen zu Leibniz; dasselbe tritt in seiner Rechtslehre hervor, während es bei Wolf in dieser mehr verschwindet.

Oberstes Princip des Naturrechts ist ihm die Liebe Gottes, der das „wahre Gute" der Menschen in seiner Allgüte wollte, er hat ihnen die Fähigkeit gegeben, ihn und einander zu lieben und daher einander Gutes zu thun, auch müsse das Gute in den von Gott vorgeschriebenen und gutgeheissenen Handlungsweisen von vornherein einen Reiz ausüben — „und hier komme ich zu der unvergleichlichen Harmonie der Offenbarung und der Vernunft, die nur von Gott ausgehen kann und auch im Decalog sichtbar ist", Matth. XXII, 37, Luc. X, 27, Rom. XIII, 9, I. Tim. I, 5, heisst es gegen Schluss der Vorrede in seinen „elementa juris naturae et gentium" (Halle 1737). Zu dem Gebot des bene facere gehört mit Nothwendigkeit das des neminem laedere und suum cuique tribuere. — Die menschlichen Handlungen zerfallen in gute und schlechte; jene sind die erhaltenden, diese die zerstörenden, es bedarf einer Norm. Diese muss mit einer Verpflichtung verknüpft sein. Verpflichtung ist die Verbindung eines Motivs mit einer freien Handlung. Je nachdem das Motiv ausserhalb oder in der Handlung selbst ist, sprechen wir von äusserer und innerer Obligation. Die inneren obligiren zum Guten, die äusseren zum Gerechten, insofern ist das Gerechte das Geringere, die Strafe ist ein äusseres Motiv und man kann durch sie die Menschen bewegen, gerecht zu handeln, wenn auch noch nicht gut zu handeln. Die Strafe soll abschrecken; zu bemessen ist sie je nach Umständen, ein guter Gesetzgeber wird die Zulässigkeit von Ausnahmen in necessitate statuiren.

Dahin gehört auch die Begnadigung. Gegen den Einwand der Stoiker, der Weise gewähre keine Gnade, ist geltend zu machen, dass Gott, der allerweiseste, vermöge seiner Liebe, sie unbeschadet der Gerechtigkeit übt. „Justae causae" sind insofern zu berücksichtigen, als man nur aus solchen Gesetze giebt: also kann man sie auch nur aus solchen ausser Kraft setzen.

Es fragt sich, wie es zu halten sei, wenn göttliches Gesetz die Begnadigung hindert? Zweifellos wäre Folge zu geben. Ob aber ein solches existirt, darüber wird gestritten und es dürfte sich schwerlich eines nachweisen lassen. — [Endlich also hat eine tiefere Bibelkritik nun auch ausdrücklich das bekräftigt, was aus Cocceji's Vernunftlehre von selbst folgte.]

Der Delinquent ist zur Strafe verpflichtet, weil er, der im Staate lebt, dem Staat zu allem verpflichtet ist, was dessen Sicherheit erfordert; das heisst aber nicht, dass er sich selbst ausliefern oder zu gestehen verpflichtet ist, sondern nur, dass er, einmal ergriffen, nicht Widerstand leisten und nicht entweichen darf. Dabei wird Pufendorf's Ansicht hierüber kurz wiedergegeben.

15. Wolf.

Heineccius bedeutete von Cocceji aus auf dem Wege zu Kant zweifellos einen Rückschritt. Drei Jahre nach Erscheinen des Naturrechts[194a]) begann sich über die Rechtsphilosophie die letzte grösste Woge der rationalistischen Sintfluth zu wälzen.

Wolf's „jus naturae methodo scientifico pertractatum", von 1740—1748 erscheinend, war ganz und gar nach seiner mathematischen, der Fortbildung von Descartes-Spinoza's alter geometrischer Methode geschrieben, achtbändig, eingestandener Massen — schon das pertractatum des Titels soll es andeuten —, um die philosophischen Grundlagen des Rechts erschöpfend darzustellen.

[194a]) Cocceji's.

Er hat dabei nach Heineccius und vielleicht Cocceji gearbeitet, Grotius und Pufendorf zum Vergleich herangezogen, Thomasius und seine Schüler benutzt und Beyer ausgeschrieben[195, 196]).

Danach sind ihm denn auch Grundlagen des Rechts die Pflichten, Pflichten, die zunächst der Selbsterhaltung entspringen — homo ad cibum potumque capiendum obligatus[197]); diesen gesellen sich wieder Pflichten gegen Gott und Menschen. Den Handlungen folgen die natürlichen Strafen und Belohnungen von selbst: wer seinem Körper Unmässiges zumuthet, erkrankt u. s. w. Psychologisch bilden die Erfolge und Folgen der Handlungen — das alles hatte auch Heineccius — das willenlenkende Motiv; obligiren kann man bereits durch eine Forderung; der sittliche Mensch befolgt die sittlichen Forderungen von selbst, aber nur dieser, darum ist die obligatio unvollkommen, vollkommen kann der Wille einzig durch die Strafe gebunden werden. Die Natur bedient sich der Furcht vor der Strafe als Motiv zur Lenkung der menschlichen Handlungen, künstlich kann man das nachahmen.

Zwischen Naturrecht und „staatlichem Recht“ wird reinlich unterschieden. Das Naturstrafrecht findet sich Bd. I, § 1057 ff. „Si quis se laedi patitur, verendum est, ne denuo ab eodem aut aliis laedatur“ (Psych. emp. 889—90)[198]). Man ist aber zur Erhaltung sein selbst und der menschlichen Gesellschaft verpflichtet und ergo berechtigt, dies zu hindern.

Falsch ist es, das jus poenarum ex jurisdictione herleiten und Niemand competiren zu lassen als einem superior, wer so urtheilt, verwechselt den Naturzustand mit dem staatlichen. Denn von Natur sind alle Menschen gleich, keiner höher gestellt als der andere: es würde also im Naturzustand

---

195) Das heisst für die hier zur Besprechung kommenden Punkte.

196) Dabei citirt er nur sich selbst.

197) Folgt: naturaliter igitur jus habet ad ea quae potui et cibi inserviunt.

198) D. h. Wolf, Psychologia empirica methodo scientif. pertr.

Niemandem ein Strafrecht zustehen, sondern immer nur ein Abwehrrecht, was aber nutzt das post laesionem factam? Es muss weiteren Läsionen unbedingt vorgebeugt werden, was dazu erforderlich ist, kann und soll der Strafberechtigte thun, nicht weniger, nicht mehr, letzteres wäre (wie schon Pufendorf bemerkt) eine neue Verletzung.

„Qui alterum laedit, ad poenam patiendam obligatur.“ Beweis: Laesus obligationem et (ergo) jus habet natura puniendi. Hätte jetzt der laesor ein jus resistendi, so stände jus contra jus, quod est absurdum[199]).

Zum Ausüben des Begnadigungsrechts muss man nicht bloss ein jus abstractum, sondern concretum puniendi haben, d. h. es muss a) ein reatus vorliegen, b) Kraft und Gelegenheit zum Strafen vorhanden sein: „Alias intermittitur poena, non remittitur.“

Begnadigen ist nicht verzeihen, auch nicht umgekehrt führt Verzeihung nothwendig zur Begnadigung, denn da man nicht aus Rachsucht straft, hat man meist schon vorher verziehen. Ebenso kann man begnadigen, ohne verziehen zu haben.

Ihre Gründe findet die Begnadigung darin, dass nicht mehr Strafe geübt werden soll, als zur Erreichung des äusseren Zwecks erforderlich, daher ist sie anzuwenden aus Zweckmässigkeitsgründen:

a) Wenn Besserung nicht erforderlich, auch nicht zu fürchten steht, dass Andere im gleichen Fall für sich aus der Begnadigung Schlüsse auf Straflosigkeit ziehen würden.

b) Wenn die Execution der Strafe malum majus adfert, quam periculum laesionis futurae videtur, si remittatur.

c) Si major utilitas ex remissione quam exactione.

---

[199]) Das beleuchtet genügend die flache Beweisführung Wolf's mit seiner für die Gesellschaftswissenschaften unzulänglichen mathematischen Methode. Dem Recht als Wollendürfen kann sehr wohl ein anderes Wollendürfen, ein Verweigerndürfen gegenüberstehen.

d) Auch wenn ein anderes Mittel denselben Zweck erfüllt wie die Strafe.

e) Wenn die die Begnadigung etwa empfehlenden Ursachen zugleich das periculum ex facto imminens abschwächen[200]).

Ziemlich überflüssig bemerkt Wolf zum Schluss: „Mitigatio poenae est quasi partis remissio", weshalb dieselben Regeln gelten wie bei völliger remissio.

Das Strafrecht und Begnadigungsrecht im Staat ist behandelt im 3. Band des jus naturae, § 647 ff.

Der Staat hat die Pflicht zu strafen, um seine Unterthanen zu schützen, da diese ja mit dem Zusammenschluss zum Staat durch Uebertragung ihres natürlichen Strafrechts auf ihn sonst ihre Lage arg verschlechtert hätten, statt sie zu verbessern.

Der Souverän soll aber sein jus gladii „summa religione" üben, da die Strafe, immer an sich ein Uebel, eben nie über das hinausgehen soll, was ihre Zwecke unbedingt verlangen. Deshalb soll man ihm alle Todesurtheile zur Bestätigung vorlegen, und damit hängt auch das Recht der Begnadigung (ibid. § 842 ff.) zusammen.

Es gehört zu den Majestätsrechten, weil das Strafrecht dazu gehört. „Denn wäre das nicht, so wäre die Gnade von der Strafe ganz unabhängig — quod est absurdum" (842, 845, 883 f., 637).

Der laesor ist naturaliter zur Strafe verpflichtet[201]), im Staat nun auch civiliter, die Begnadigung ist also eine liberatio ab obligatione, also eine „dispensatio circa legem": „jus aggratiandi sub jure dispensandi continetur". Der Richter, der das Strafrecht ausübt, muss auf die gesetzliche Strafe erkennen, der Souverän, von dem die Gesetze stammen, kann

[200]) Z. B. hätte, um ein Beispiel des Tiraquellus zu brauchen, der Sohn des T. Manlius Torquatus begnadigt werden müssen, da er ja gesiegt hatte, die gefürchtete Gefahr, es könnte das Heer in Abwesenheit des Consuls der feindlichen Uebermacht erliegen, also beseitigt war (Tiraquau selbst scheinbar anderer Meinung).

[201]) S. 395.

davon dispensiren. So sieht man, wie Wolf kaum etwas thut, als dass er die Ansichten der früheren Autoren in seiner Weise nach der mathematischen Methode zum Vortrag bringt, wodurch sie nicht gerade gewinnen dürften. Schliesslich stellt er sich aber sogar auf die Seite der Verfechter der lex positiva divina und meint, so wie der Souverän im Staat auctor legum sei und der Richter gegen diese nicht verfahren dürfe, so sei Gott auctor totius naturae, Schöpfer aller Naturgesetze, und deshalb dürfe gegen die lex positiva divina kein Recht gesprochen werden. Freilich bleibt unerkennbar, ob er gewisse biblische Vorschriften für lex positiva divina ansieht, oder der Meinung des Heineccius folgt [202]).

Einmal ist der Mensch überhaupt naturaliter ad recte agendum verbunden (Phil. pract. univ. I, § 189) [203]), andererseits der Souverän noch durch den Staatsvertrag, so dass wie zum Strafen, auch zum Begnadigen die Obligation doppelt besteht; dazu aber auch die, Gnade nur zum Heil des Staates aus genügenden Gründen zu üben. Die Gründe der gänzlichen oder theilweisen Begnadigung sind öffentlich bekannt zu geben: „poenae praesertim quae publice infliguntur, exemplares esse debent, vires obligationis positivae, quae sanctione poenali introducitur (§ 291 pact. I, Phil. pract. univ.) enervare minime debent“.

Etwas Neues ist bei Wolf gegenüber den anderen Naturrechtslehrern, die den Begriff Begnadigung einfach im weiteren Sinn nahmen, dass er vermöge seiner „erschöpfenden“ Darstellung über Abolition und Amnestie besonders spricht.

Abolition, „exemptio laesoris e numero reorum“ ist zu empfehlen — für casus dubios. Wie die Begnadigung, zu der sie im System gehört, ist sie Majestätsrecht; dieselben Vorschriften wie für diese gelten in Bezug auf das Vorhandenseinmüssen von causae sufficientes, die besonders in circum-

---

[202]) S. 393.

[203]) Philosophia practica universalis (Wolf).

stantiae peculiares zu bestehen haben, dasselbe für die Frage, welche Gründe als solche zu betrachten, dass sie zu publiciren u. s. w. Wenn überhaupt die Begnadigungstheorie Wolf's, so müssen besonders seine Begriffe von der Abolition den modernen Juristen fremdartig berühren.

Ueber die Amnestie äussert sich Wolf: Amnestie ist oblivio in perpetuum. Während Abolition, überhaupt sonst Begnadigung, nur post actam rem, d. h. nach Beginn des Verfahrens stattfinden kann, schliesst Amnestie auch die Anklage aus. Auch dies Recht ist dem Souverän gegeben, damit es ihm an keiner nur möglichen Handhabe zur Förderung des Allgemeinwohls gebricht: „Amnestia praecipue opus in re publica turbulenta, ubi ultro citroque injuriae inferuntur et accipiuntur, ut is in pristinum statum revocetur, item in bellis intestinis.

Von der vom Souverän kraft eigener Entschliessung vi imperii als Regierungshandlung gegebenen Amnestie ist, nach der Quelle, nicht nach der Wirkung, die ex pacto Rebellen, sei es um Frieden zu erlangen gewährte, sei es die vor der Unterwerfung von ihnen ihm abgetrotzte, zu unterscheiden. Naturaliter ist die Amnestie erlaubt, wenn besser durch sie als durch Bestrafung künftiges Unrecht vermieden wird. Es ist irrig, anzunehmen, dass in dieser Beziehung Strafe stets mehr leistet als Gnade, namentlich bei grossen Massen, die sich straffällig gemacht, wie bei Rebellionen und Bürgerkriegen, trägt strenge Strafe — und Massenstrafe ist überhaupt etwas sehr Missliches — auch wenn noch so sehr den Gesetzen entsprechend, nur mehr zur Aufregung im Lande bei.

Von namhaften Criminalisten, die Wolf sich anschliessen, ist hervorzuheben Koch, der bekannte Herausgeber der C. C. C. In seinen Institutiones juris criminalis (Giessen 1770) findet sich die Notiz über die Begnadigung gegen die lex positiva divina (S. 36 ff.): Innumera fere de hac scrupulosa ancipitique

materia extant JCtorum et theologorum, diversas opiniones foventia" —, angeführt sind dazu ausser den hier behandelten noch: Kipping, de historiae ejusque nominis abusu (Brunsvig 1754) 4. c. 2 sylloges de historiae abusu in jure criminali p. 96 ff.[204]). David Michaelis, Comm. duae ad. ll. divin. de homicidio in syntagm. comm. Goettingen 1757[205]). Boehmer ad Carpz. qu. 150[206]), obs. 1. Dan. Stavvinsky, diss. de jure principis poenas ll. divin. determinatas mitigandi. Hal. 1695[207]).

IV. Ausgang des Naturrechtszeitalters.

16. Das Ausland und die kriminalistischen Reformbewegungen der Revolutionsepoche.

Das Widerspiel zu den Lehren der grossen Strömung der Naturrechtsbewegung, die von Hobbes ihren Ausgang nahm, bilden die Theorien Locke's und seiner Nachfolger, die sich an den Empirismus anlehnten, im Gegensatz zu dem Rationalismus, dem jene huldigten. In ihrem Lager entstanden jene rechtsphilosophischen Ideen, die zusammen mit den positivrechtlichen der Engländer nach Frankreich verpflanzt, so schwerwiegenden Einfluss auf die continentale Rechtsentwickelung geübt haben. An dieser Verpflanzung ist bekanntlich das erste und vornehmste Verdienst Montesquieu zuzumessen.

---

[204]) Eine Bekämpfung der in der Dissertation von Thomasius Clüsener „de jur. princ. evang. etc." geäusserten Ansichten und namentlich ihrer von Boehmer in seinem „jus ecclesiasticum" mittelst historischer Hinweise auf die Zeit der ersten Christen unternommenen Rechtfertigung.

[205]) Comm. post. § 35: „Sequitur, ut, si vel ad nostras res publicas pertineret lex divina de parricidii (quod deinceps) negabimus, tamen jus aggratiandi habeant principes nostri. His enim cur negemus id quod regibus Israelitarum tribuendum est?

[206]) Kohler, Shakespeare S. 116 N. 1.

[207]) Eine Kritik der Ansichten von Grotius und Pufendorf.

An England denkt er auch im Cap. 21 des Buch VI des esprit des lois, das überschrieben ist: „De la clémence du prince.“ Dort erklärt er:

In Republiken, in denen die Tugend regiert, d. h. die Besten, kann man der Begnadigung entrathen, denn man ist sicher, dass das rechte Mass von Strafe einem jeden zugemessen wird und dass, weil man dessen sicher ist, keine Strafe Unzufriedenheit im Volk oder andere Nachtheile hervorrufen wird. In Despotien kann sie nicht statthaben, weil die stets zur Empörung neigenden Grossen mit eiserner Strenge niedergehalten werden müssen.

In gemässigten Monarchien aber, in denen die Ehre regiert, die oft anderes verlangt als die Gesetze, in denen aber doch für die Grossen von Gnade und Ungnade des Fürsten ihre ganze Stellung abhängt, kann dieser leicht durch Gnadenübung zu rechter Zeit sich ihre für ihn so wichtige Liebe sichern (siehe auch ibid. Cap. 16, Schluss).

So betrachtet Montesquieu die Begnadigung von einem einseitigen Standpunkt der grossen Politik aus. Nebenbei aber tritt bei ihm noch der Gedanke auf, ähnlich dem, den Hinschius dem kanonischen Recht zuschreibt[208]), durch den grösseren oder geringeren Rahmen der Zulässigkeit der Gnade eine weitere Stufe für die Abmessung der Strafen zu gewinnen: „Quand il n'y a point de différence dans la peine, il faut en mettre dans l'espérance de la grâce. En Angleterre, on n'assassine pas, parceque les voleurs peuvent espérer d'être transportés dans les colonies et non pas les assassins. (ult. cit.)

Eine mächtige Fortwirkung ist den Sätzen Montesquieu's in dieser Beziehung nicht zu Theil geworden; ein wenig mehr haben in den Schriften der Deutschen in den 70er bis

---

[208]) S. 327.

90er Jahren des 18. Jahrhunderts fortzeugendes Leben bewiesen die wenigen Worte, die Rousseau im contrat social der Begnadigung widmet, die jedoch an ihrer Klarheit und bei dem Interesse, und folgeweise der Bekanntheit, deren seine Gedankengänge sich heut noch erfreuen, keines Commentars bedürfen: „A l'égard du droit de faire grâce, ou d'exempter un coupable de la peine portée par la loi et prononcée par le juge, il n'appartient qu'à celui qui est audessus du juge et de la loi, c'est à dire au souverain, encore son droit en ceci n'est il pas bien net, et les cas d'en user sont ils très rares. (Montesq. esprit VI, 15.) Dans un état bien gouverné, il y a peu de punitions, non parcequ'on fait beaucoup de grâces, mais parcequ'il y a peu de criminels: la multitude des crimes en assure l'impunité lorsque l'Etat depérit. Sous la république romaine, jamais le sénat ni les consuls ne tentèrent de faire grâce; le peuple même n'en faisait pas, quoiqu'il révoquât quelquefois son propre jugement. Les fréquentes grâces annoncent que bientôt les forfaits n'en auront plus besoin, et chacun voit, où cela mène. Mais je sens que mon coeur murmure et retient ma plume: laissons discuter ces questions à l'homme juste qui n'a point failli et qui jamais n'eut lui même besoin de grâce."

Wenn Montesquieu durch seine gemässigteren Anschauungen, der Mann, der diese letzten Worte und das „Retournons à la nature!" schrieb, durch seine allgemeinen moralphilosophischen Grundsätze sich veranlasst sahen, nicht so radikal gegen die Begnadigung vorzugehen, wie die grossen Italiener es thaten[210]; so waren in der französischen Justiz auch die Dinge nicht so bestellt, dass sie einen Franzosen zum heftigen Widerspruch gegen überflüssige und zu ausgedehnte Gnadenübung reizen konnten. Die Dogmen des seit 1670 codificirten Inquisitionsprocesses waren ausgebildet

---

[210]) S. 402 ff.

wie in Deutschland und wirkten wie in Deutschland [211]). Das Vertrauen der Juristen in die absolute Wahrheit, die sein Ermittelungsverfahren schaffen müsse, war ebenso gross geworden, die Grausamkeit der Strafrichter war vielleicht noch zu üppigeren Blüthen gediehen. Das peinliche, uns heut ganz fremd klingende Wort „blutdürstiger Richter", das in den Schriften der Voltaire-Concurrenz sich bisweilen findet, war da schreckliche Wahrheit. Auf Empfehlung der Begnadigung durch den Richter konnte kein Delinquent rechnen, auch nicht auf solche zur Milderung der Todesart, wie das in Deutschland theilweise üblich war [212]); man vollzog jedes Urtheil möglichst ohne den geringsten Aufschub, nachdem es verkündet war. Darüber, wie weit dem Souverän das Begnadigungsrecht zustehe, hat man im Land Ludwigs XIV. nicht gestritten, wie über lettres de cachet verfügte die justice retenue des Königs auch über lettres de grâce von gleicher Kraft, aber diese sind nicht über Gebühr verwendet worden. —

Anders ist es in Italien gewesen, besonders Filangieri hat sich offenbar zu seinen grimmigen Ausfällen gegen das Begnadigungsrecht durch dessen Missbrauch veranlasst gesehen [213]).

Zwei Jahre nach dem Erscheinen des contrat social sprach Beccaria, schärfer noch als Rousseau (1764) die Ansicht aus [214]), dass eine vollkommene Gesetzgebung keiner Begnadigung bedürfe. Seien die Gesetze nur gut, seien sie vor allem auch human, dann werden wir der Gnade entrathen können! Ein einziger Satz spricht es aus, dass vielleicht die Zeit noch nicht reif dafür und dass ein solcher Zustand, wie es auch

---

211) Hertz, Voltaire und die französische Strafrechtspflege, Stuttgart 1887 S. 5. 38—39. 77. 87 ff. 406 ff. 413.

212) S. 371. So in der sächs. Praxis.

213) Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz S. 110. Hier S. 404.

214) Dei delitti e delle pene § 46 „Delle gracie".

Rousseau meint, als Idealzustand betrachtet werden müsse, der der Möglichkeit zu seiner Verwirklichung harre: „Felice la nazione nella quale sarebbero (la clemenza ed il perdono) funesti!“ Aber während Rousseau die Frage offen lässt, wie weit ein solcher Zustand realisirbar sei, geht aus Beccarias weiteren Ausführungen hervor, dass er felsenfest daran glaubt. Wie Rousseau, wie nach ihm Filangieri, erklärt Beccaria es als die Pflicht der Staatsgewalt, zu strafen im Interesse der Gesammtheit und zu deren Schutze; und weder aus Mitleid noch aus sonst einem Grunde darf sie die Interessen der Gesammtheit die zu wahren sie berufen ist, irgendwie zurücktreten lassen [215]).

Nie aber ist mit solcher Leidenschaft die Begnadigung bekämpft worden wie von Gaetano Filangieri [216]). Bei ihm ist weniger die Rede von einem zu ersehnenden Idealzustand in der Vollkommenheit der Gesetzgebung, der die Begnadigung entbehrlich machen würde, sondern sie wird als absolut in jedem Staatszustand als verwerflich erklärt [217]). Montesquieus Ideen werden mit einem wahren Abscheu behandelt. „Montesquieu che ha così spesso dette delle cose false per dir delle cose spiritose, Montesquieu che hà voluto trovar tutto ne’ suoi principii, ma che vi ha trovato spesso l’errore, Montesquieu,

---

[215]) Beccaria äussert sich auch (§ 35) über Asyle im Lande selbst: „L’impunità e il asilo non differiscono —“. Multiplicare gli asili è il formare tante piccole sovranità, perchè dove non sono leggi che commandano, ivi possono formarsene delle nuove ed opposte al communi, e però uno spirito opposto a quello del corpo intero della società. Tutte le istorie fanno vedere, che dagli asili sortirono grandi revoluzioni negli stati e nelle opinioni degli uomini.“ Es dürften Beccaria bei seinen Ausführungen einige der von Kohler, Shakespeare S. 113 N. 4 mitgetheilten Cicerostellen vorgeschwebt haben.

[216]) La scienca della legislazione lib. III, part. 2, cap. 57 „Dell’ impunitá“.

[217]) Die Ansicht ist hier zu dem Satz zugespitzt: „Si la gracie è equa, la legge è cattiva, e si la legge è buona, la grazia è un attentato alla legge.“

sull' oggetto del perdono e delle grazie, ha favorito il dispotismo senza avvedersene ed ha mostrata la fallacia de suoi principii volendoli applicare.“ Wenn der Fürst begnadigen könne, sei jede Gerechtigkeit geradezu illusorisch gemacht, die Gesetze werden der Hort des Verbrechens, statt sein Vernichter, denn wenn der Fürst begnadigen kann, was wiegt dann die Justiz gegen eine Handvoll Gold, zur rechten Zeit einem Günstling oder einer Maitresse in den Schooss geworfen? Und die wirklich Unschuldigen und Gerechten wären es ja nicht, die im Fall einer Verurtheilung zu solchem Mittel greifen würden. Durch die Begnadigung verletzt der Souverän seine Pflicht des allgemeinen Interessenschutzes und so wird selbst die reine Tugend des Mitleids zum Verbrechen. Zwei Lagen nur giebt es, in der sie sich rechtfertigen lässt: „Quando nella persona del delinquente concorrono i grandi meriti personali, e le grande speranze che i suoi talenti offrono alla patria; quando nel suo delitto si manifesti piuttosto l'impeto di una passione che la depravazione del cuore, quando e i giudici che l'hanno giudicato ed il popolo ch'è stato testimonio delle sue virtù e de' suoi servigi, reclamino la sua grazia e la momentanea sospensione della legge, quando, in una parola, l'impunità, in vece di offrire un adito al delitto, somministerebbe un incorraggiamento alla virtù.“ Der andere Fall ist der der multitudo delinquentium mit ähnlicher Motivirung wie bei Wolf und Pufendorf.

Schon Beccaria (§ 37, „Attentato, complici, impunità“), vor ihm schon Pufendorf hatte es als ein schlechtes Verfahren bezeichnet, Verurtheilten, namentlich Banditen Gnade zu gewähren gegen den Verrath von Mitschuldigen [218]); Filangieri meint, es werde damit nur das Schlimmste vom Schlim-

---

[218]) Katharina II. hat das Mittel angewendet. Kleinschrod, Systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des Criminalrechts II, S. 297 empfahl es. Hier S. 358. [Dieser Punkt der Geschichte des Strafrechts soll anderwärts noch seine besondere Behandlung finden. Kohler.]

men erzeugt; fordert es doch böswillige Menschen geradezu zum Verbrechen auf; wenn sie nur Complicen haben, die sie verrathen können! Und die werden sich aus demselben Grund leicht finden, indem sie ihrerseits im Nothfall durch Verrath sich freizumachen hoffen und so wird die Bildung von Verbrecherbanden begünstigt.

In Deutschland ist gegen Ende des Jahrhunderts die Zahl der kriminalistischen Werke bekanntlich zu unübersehbaren Fluthen angeschwollen, auch die Literatur der Begnadigung stellt ein Contingent dazu. Weiske berichtet ausführlich über sie in seinem Rechtslexikon. Es gab da theils Fortsetzungen der alten Wolf'schen Richtung, theils solche, die dem Banner Kant's folgten, ein besonders wichtiger Teil in der kriminalistischen Literatur, es sind die Schriften zur Concurrenz des Voltairepreises gemeint, ist von Rousseau, Beccaria und Filangieris Einflüssen völlig durchdrungen. Siehe davon Gmelin, Grundsätze der Gesetzgebung von Verbrechen und Strafe, S. 434 (Tübingen 1785). Wichtiger E. M. L. Rathleff, Vom Geist der Criminalgesetze (Hamburg 1777), der die wunderliche Ansicht bringt, Begnadigung, wenn sie stattfinde, müsse die Strafe immer gleich vollständig beseitigen, weil — das Gegentheil dem Geist fürstlicher Generosität widerspricht. Im Uebrigen ist er mit Beccaria und Filangieri der Ansicht, dass Begnadigungsrecht ein Zeichen unvollkommener Rechtszustände und auch im Lauf der Geschichte mit deren Vervollkommnung sichtbarlich in den Hintergrund getreten sei. Eines Tages werde sie ganz verschwinden. Aehnlich, sonst aber strenger, ganz im Einverständniss mit Filangieri, denken die Preisträger v. Globig und Huster: Abhandlung von der Criminalgesetzgebung, Zürich 1783, S. 408 u. 157. In einem geordneten Staat braucht man keine Begnadigung und keine Asyle (wie solche bei dem ungenügenden Functioniren des Justizapparats im alten jüdischen Staat sehr angebracht

waren[219]) „die Barmherzigkeit des Fürsten (scil. in der Begnadigung, welche dem Begünstigten nützt und allen übrigen schadet, bräche den gesellschaftlichen Vertrag, worauf sich doch allein jede rechtmässige Regierung gründet. Selbst seine persönliche Beleidigung darf er nicht über die Privatgenugthuung vergeben, weil dem Staat vorzüglich daran gelegen ist, sein Oberhaupt sicher zu wissen. Der Fürst darf ja nicht einmal das Privatinteresse bei Contracten und anderen Verbindlichkeiten schmälern, wie viel weniger das Interesse des ganzen Volkes. Die Begnadigungen rühren von einem sehr grausamen Gesetzgeber her, der Verbrechen von verschiedener Schwere[220]) mit gleicher Strafe belegte . . . und darum begnadigen muss[221]). Begnadigen kann höchstens das souveräne Volk[222]) und hat sich dann die Folgen dieser Gelindigkeit selbst zuzuschreiben, wenn die hauptsächlichste, die abschreckende Wirkung verfehlt“.

Der Radicalismus dieser Aeusserungen entspricht der Zeitstimmung in den Jahren kurz vor Ausbruch der grossen Revolution. Sie spiegeln die Ansichten gerade auch des nichtjuristischen Publicums wieder. Fast in gleicher Weise wie Globig und Huster hat z. B. Seume sich ausgesprochen. Aber so sehr dieser Radicalismus den früheren ganz entgegengesetzte Ansichten gezeugt hat, so ist er doch desselben Geistes Kind. Der Vater ist der rationalistische Dogmatismus. Ohne ihn hätte man nicht so zähe den Glauben an die Möglichkeit absoluter Wahrheitserforschung im Inquisitionsprozess festgehalten. Aber auch das widerspruchsvoller Weise daneben bestehende Verfahren der Theoretiker, dem Fürsten das weitgehendste Begnadigungsrecht zu vindiciren, beruht darauf. Hat einmal doch, wider alles Erwarten, die Justiz sich geirrt, so ist doch

---

[219]) S. 324 u. a. m.

[220]) „Art“ im Text.

[221]) S. 160 (Montesquie über engl. Recht) mit S. 75. (Pufendorf über engl. Recht) S. 14.

[222]) Filangieri hier S. 404.

noch ein Organ da, das sicher das absolut Rechte findet, der an alles überschauender, unparteiischer Stellung placirte, von den besten, gelehrtesten, freidenkendsten und aufgeklärtesten, sozusagen im Himmel der Philosophie und der Rechtswissenschaft aufgewachsenen Beamten berathene Souverän. Die fürstliche Kanzlei oder sein Kabinet wird durch sie zum Thronsaal der Königin Vernunft selber, und die Lehre von Vernunft und Pflicht und Tugend, die im letzten Grunde doch immer das Gesicht der antiken, aristotelischen zeigt, besagt, dass sie darum auch die Stätte der Gerechtigkeit und der Güte sei. Der letzteren Eigenschaft halber kann auch dort die vom Richter gerechter und vernünftiger Weise erkannte Strafe des Rades oder Strangs allenfalls zum Schwert gemildert werden. Von dem Standpunkt aus kann auch die in der Zeit, wo sie gefallen ist, deplacirte Redensart vom „beschränkten Unterthanenverstand" keinem Menschen als geringschätzig und ungerechtfertigt erscheinen.

Jetzt, in der Zeit der Emilia Galotti und der Luise Millerin, wird Engherzigkeit, Bosheit und Ungerechtigkeit bei Fürsten und zumal ihren Rathgebern gleichsam präsumirt — bei Filangieri ganz deutlich — und um den Dämon zu bannen sollen Vernunft, Tugend und Gerechtigkeit ihre Wohnung finden in den papiernen Massen der projectirten Staatsgrundgesetze, Strafrechtscodificationen und Strafprozessordnungen. Ein legislatives Organ soll im Ablauf einiger Zeit ein auf Jahre, vielleicht Jahrhunderte, vielleicht ewig vollkommenes Recht schaffen. Die Ansicht steht nicht einmal auf der Höhe derjenigen der früheren Zeit, welche dem hier besprochenen Gedanken Pufendorfs, das Gesetz als das in jedem Fall bestbeabsichtigte von der besten Kraft (welche ja im Souverän und seinen Berathern vereint ist) interpretiren zu lassen, zu Grunde liegt[223]).

Es ist vielleicht das verblendetste „Eritis sicut deus", zu

---

[223]) S. 355. 356.

dem sich der menschliche Geist verstiegen hat, da es ja beinahe ein „Estis sicut deus“ ist, und nicht dem Geist eines im Grössenwahn bestrickten und bestärkten Barbarendespoten, sondern dem ganzer hochgebildeter Kulturvölker entquoll. Die Franzosen hat es denn auch thatsächlich verleitet, die Begnadigung als in ihrer vollkommenen und jeder Correctur so wenig bedürftigen wie fähigen Gesetzgebung unnöthig 1793 abzuschaffen — in derselben Zeit, in derselben Gesetzgebung, welche den Strafprozess nach dem Muster des englischen umbildete, d. h. bekanntlich nach Grundsätzen, welche geradezu der Rücksicht auf die menschliche Unvollkommenheit, die Realitivität all unseres Erkennens und aller möglichen anderen menschlichen Schwächen, die die empiristisch und skeptisch denkende Nation so wohl zu beachten wusste, ihre Entstehung verdanken.. Aber in Frankreich sollte es das absolut Gute, absolut Sicherheit Bringende sein, denn es war das Neue und weiter dachte man nicht. Man konnte es sich auch nicht vorstellen, dass man niedrigere Forderungen an die Gesetze stellen sollte. Die Geschichte hat aber der Logik schnell wieder zu ihrem Recht verschafft; gerade was die Begnadigung betrifft, hat der Zustand nicht lange gedauert. 1795 wurde sie wieder eingeführt.

17. Die klassische deutsche Philosophie.

Das Wort, Kants Rechtsphilosophie trage einen Januskopf, dessen eines Antlitz nach dem 18., das andere nach dem 19. Jahrhundert hinüberschaut, bewährt sich auch auf den wenigen Seiten, die er in seiner Rechtslehre dem „Straf- und Begnadigungsrecht“ widmet[224]). Dem 18. Jahrhundert, der Zeitstimmung, über die am Schluss des vorigen Stücks

---

[224]) „Vom Straf- und Begnadigungsrecht“ ist in Coordination der beiden der Abschnitt E des Strafrechts in den „Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre“ überschrieben. — Landsberg a. a. O. — Berner a. a. O. — Günther a. a. O.

einiges auseinandergesetzt ward, der Geistesgenossenschaft derer um Beccaria und Filangieri gehören die Sätze an: „Das Begnadigungsrecht (jus aggratiandi) für den Verbrecher, entweder der Milderung oder gänzlichen Erlassung der Strafe, ist wohl unter allen Rechten des Souveräns das schlüpfrigste, um den Glanz seiner Hoheit zu beweisen und dadurch doch im hohen Grade Unrecht zu thun. — In Ansehung der Verbrechen der Unterthanen gegen einander, steht es ihm schlechterdings nicht zu, es auszuüben; denn hier ist Straflosigkeit (impunitas criminis) das grösste Unrecht gegen die letzteren. Also nur bei einer Läsion, die ihm selbst widerfährt (crimen laesae majestatis), kann er davon Gebrauch machen. Aber auch da nicht einmal, wenn durch Ungestraftheit dem Volk selbst in Ansehung seiner Sicherheit Gefahr erwachsen könnte. — Dieses Recht ist das einzige, was den Namen des Majestätsrechts verdient.“ Ingleichen, nachdem die Talion gegen Mörder als Ausfluss eines kategorischen Imperativs hingestellt ist: „Wenn aber doch die Zahl der Complicen (correi) zu einer solchen That so gross ist, dass der Staat, um keine Verbrecher zu haben, bald dahin kommen könnte, keine Unterthanen mehr zu haben und sich doch nicht auflösen, d. i. in den noch viel ärgern, alleräusseren Gerechtigkeit entbehrenden Naturzustand übergehen (vornehmlich nicht durch das Spektakel einer Schlachtbank das Gefühl des Volkes abstumpfen) will, so muss es auch der Souverän in seiner Macht haben, in diesem Nothfall (casus necessitatis) selbst den Richter zu machen (vorzustellen) und ein Urtheil zu sprechen, welches statt der Lebensstrafe eine andere den Verbrechern zuerkennt, bei der die Volksmenge noch erhalten bleibt, dergleichen die Deportation ist: Dieses selbst aber nicht als nach einem öffentlichen Gesetze, sondern durch einen Machtspruch, d. i. einen Act des Majestätsrechts, der, als Begnadigung, nur immer in einzelnen Fällen ausgeführt werden kann.“

Vornehmlich sind jedoch auch hier Gründe der Menschenwürde und der Sittlichkeit das Massgebende für Kant; soweit

sie deren Banner schwingen, gehört er zu den Männern des 18. Jahrhunderts, denen des Revolutionszeitalters. Gänzlich fern steht er dagegen den Vertretern des alten Rationalismus; an einzelnen Stellen glaubt man fast muthwillige Umkehrungen Pusendorfischer Sätze zu lesen, und Wolf, der Eudämonist, erhält den scharfen Hieb: „Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ und wehe dem! welcher die Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre durchkriecht, um etwas auszufinden, was durch den Vortheil, den es verspricht, ihn von der Strafe, oder auch nur in einem Grade derselben entbinde, nach dem pharisäischen Wahlspruch: ‚es ist besser, dass ein Mensch sterbe, als dass das ganze Volk verderbe'; denn, wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es keinen Werth mehr, dass Menschen leben." Das Antlitz, das dem 18. Jahrhundert zugewendet ist, reicht hier über die Brücke zu ihm nicht hinaus; und auch von ihr, von der Anhängerschaft des Filangieri wendet sie sich ab in der Brandmarkung des: „Es ist besser, dass ein Mensch sterbe, als dass das ganze Volk verderbe."

Was aber die Sätze betrifft, die ganz nach dem 19. Jahrhundert hinüberschauen, so steht Kant hier in einem merkwürdigen Verhältniss zu Cocceji[225]).

---

[225]) Siehe S. 389 ff. Es bleibe dahingestellt, weil es hier nicht bewiesen werden kann, ob Kant Cocceji „benutzt" hat. Aber als sein Geistesverwandter hat er gearbeitet. Wenn schon ein historische Studien Treibender oft aus den Ideen einer Epoche, die er aus Büchern entnimmt, auf die spätere Zeit hingeführt wird, so dass sie in ihm wach werden, wie viel näher liegt das zwischen Cocceji und Kant, die doch immerhin 30 Jahre lang lebendige Zeitgenossen waren, wenn auch die metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre erst 57 Jahre nach dem Novum Systema jurispr. nat. et Rom. erschienen (1740. 1796).

Zur Charakteristik seien einige Stellen neben einander gestellt. a) Cocceji: Das S. 388 ff. Mitgetheilte, welches sich um das „et ad hunc finem creator nos existere voluit" gruppieren mit Kant: „denn wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es keinen Werth mehr, dass Menschen auf Erden leben". b) Cocceji, Systema 561 N. 8: „Finis poenarum naturalis et unicus est reparatio injuriae, quae fit per talionem.

Die auffallende Uebereinstimmung in vielen grundlegenden Problemen und Theoremen kann freilich die ausserordentliche und kühne Originalität der Kantischen Lehren nicht berühren. Schliesslich ist doch Kants System ein anderes. Wie er Coccejis beurtheilt haben dürfte, das zu ersehen gewährt eine Handhabe in seinen Metaph. Anf. der Rechtsl., Eintheilung der Metaphysik der Sitten überhaupt, III f. (Kants Philosophie in Hinsicht auf seine Theorie noch eingehender zu erörtern, kann hier nicht unternommen werden, auch bedarf es dessen wohl nicht.)

Wir verehren in Kant gemeinhin den Retter aus der rationalistischen Sündfluth. Als solcher ist er für die kommende Zeit fruchtbar geworden. Was er von Sittlichkeit gelehrt und davon, dass nicht alle Erkenntnisse durch die Vernunft deducirbar, hat der Religiosität eine Vertiefung gegeben und dem 19. Jahrhundert über jenes „Eritis sicut deus" hinweggeholfen, das am Ende des 18. so viel schlechte Philosophie und heillose Thaten gezeugt hat. In den Wissenschaften lernte man wieder, die Grenzen des Erkennbaren zu

---

Unde verum non est, quod Seneca ait; „nemo prudens punit, quod peccatum est, sed ne peccetur" (Bodin, Disp. de poen. th. 3). Quod enim poenae ad exemplum aliorum, id est, publice statuantur, id mere civile est et ex utilitate publica statutum (also nicht ex justitia!) ut poena unius metus esse possit multorum: p. c. e. ut ceteri a similibus facinoribus deterreantur. 3. C. Si enim metu poenarum bonos efficiunt. Atque hinc omnia quae de fine poenarum Grotius late disserit, superflua sunt", mit Kant, Rechtslehre, Abschnitt der letztcitirten Stelle u. a. m. c) Cocceji, eod. loc. 555: „Verum non est . . . poenas ex consensu delinquentis originem sumsisse; etsi enim delinquens sciat, omni maleficio poenam coniunctam esse, non tamen ideo in eam consentit, sed potius eam invitus subit", mit Kant, eod. loc. II. Theil (öffentl. Recht) I. Abschn. (Staatsrecht) E. (Vom Straf- u. Begnadigungsrecht) siebenter Absatz der 2. (vermehrten Aufl.), „Strafe erleidet jemand nicht, weil er sie" u. s. w. Ganz anders kurz vorher noch Fichte. d) Endlich vgl. Cocceji's Lehre vom Zweck des Menschen, der Pflicht und der freien Vernunft mit Kant, eod. loc. Einleitung, Absch.: „Eintheilung der Metaphysik der Sitten überhaupt" II und Schema.

beachten und dafür innerhalb ihrer viel Versäumtes nachzuholen. Der historische Gedanke, der nun seine glänzende Vertretung in Hegel fand, der uns damit „kein vergängliches System, sondern eine reine Wahrheit schenkte“ (Gierke, Naturrecht und Deutsches Recht), die Entwickelungslehre in Sprach- und Rechtswissenschaft, steht auf dieser Basis. Alles ändert sich und macht eine Stufenfolge durch, weil nicht alles in einem erkennbar ist, weil es nicht, wie Laplace bemerkte, „einen Geist giebt, der die mathematische Formel des Weltganzen aufstellen kann“, weil die Begriffe relativ sind. Und weil man nicht mehr durchaus im Allgemeinen und Absoluten schwelgte, weil man das Besondere und Relative nicht mehr verschmähte, so gab man sich wieder Mühe um das Empirische, und die auf dies gestützte Entwickelung der Technik in allen Dingen und die erwachende Liebe zu ihr kam auch der Rechtswissenschaft zu gute. Auf die Errungenschaften der historischen gestützt, wusste nunmehr die dogmatisch-constructive, dass, wenn sie gute Gesetze schaffen wollte, sie für eine besondere Zeitspanne schaffen musste, und dass unendlich mehr Dinge zu berücksichtigen sind, als die menschliche Naturanlage und Vernunft und was durch diese erkennbar. Soweit von diesen das Recht abhängig ist, so viel „Naturrecht“ musste bestehen bleiben, alles übrige fallen. Man hat es auch weiter berücksichtigt. Aber was in dem alten Sinn an Naturrechtsbüchern weiter geschrieben wurde (Wissenschaftliches bis 1872, populäre Winkelpublicationen von Laien wahrscheinlich bis ans Ende der Tage), hat auf die Rechtswissenschaft keinen Einfluss mehr üben können. Hingegen, dem empiristisch-technischen Zug folgend, hat man die metaphysische Naturrechtsforschung mit der physiologischen vertauscht, und als dieser Zug immer mächtiger ward, wurde diese von der Medizin vindicirt und schliesslich mehr psychiatrisch. Im Strafrecht trat die italienisch-kriminalistische Schule hervor. Sie hat sich beeinflussen lassen von der überwuchernden Entwickelung, die die technisch-empirisch-experimentelle Methoden-

lehre zu einer mechanistischen Weltanschauung werden liess[226]), die, ihres Ursprungs vergessend, der Natur Alles mit ihren Hebeln und Schrauben abzuzwingen glaubt und in ärgeren Dogmatismus verfallen ist als kaum die rationalistische Strömung. Wie sie das Strafmass abschaffen wollen und ein eigentliches Strafrecht gar nicht anerkennen, so sind sie auch Gegner der Begnadigung, „welche sie als ein Hinderniss der allem Strafrecht obliegenden Vertilgung der verbrecherischen Individuen ansehen[227]). Mehr hat Feuerbach (Lehrbuch § 62—63), mehr die Hegelianer und dann die Gesetzgebung sich die Lehren der Naturrechtsentwickelung zu Nutze gemacht, namentlich bei der Reformation des Strafprozesses, sie haben auch gesehen, dass das Beste, was diese sie lehren konnte, auch in der Begnadigung war, Mittelwege einzuschlagen. Und gerade den ruhigen, vermittelnden Ansichten der früheren unter den Naturrechtslehrern stellen sie sich am nächsten[228]).

Denn die späteren verfallen je länger je mehr in Extreme und die Fehler liegen immer mehr zu Tage. Nicht bloss in den philosophischen Grundlagen trägt das Privatrecht — weil es eben weniger bei ihm zu philosophiren giebt, einen dem Strafrecht überlegenen Zug zur Schau in seiner Geschichte. Wer diese studirt, hat bei vielen Instituten Gelegenheit mit Bewunderung und Genuss eine Geschichte des Scharfsinns und der Vervollkommnung zu überblicken. Das Strafrecht, das der Speculation und dem Gefühl so viel Spielraum lässt, zeigt durchgängig den entgegengesetzten Charakter in seiner Geschichte. Verirrungen von Denken und Gefühl. Dass die Begnadigung keine Ausnahme machen kann, vielmehr noch stärker diesen Einflüssen unterliegt, ist sicher, zumal im Naturrecht!

---

[226]) Als solche von Dubois-Reymond, Grenzen des Naturerkennens trefflich gezeichnet.

[227]) Hugo Meyer, Lb. des St.-R. S. 334 ff.

[228]) Grotius, Pufendorf.

Auf kirchlichem und deutschem Recht bauten die grossen Begründer des Naturrechts, sie bauten noch am sichersten. Dann ward die Begnadigung hineingezogen in die theologischen Streitigkeiten des 17. Jahrhunderts, um nachher aufs Neue in der Revolutionszeit im Namen anderer als rein juristischer Principien viel genannt und viel behandelt eine Rolle zu spielen, und wenn die Periode der klassischen deutschen Philosophie, zur Zeit des Todeskampfs des Naturrechts, wieder beginnt, die Theorie auf den rechten Weg zu führen, auch da trägt sie noch Züge, die kaum etwas dagegen in die Waage werfen können, dass man urtheile: „Auch die Entwickelung der Begnadigung bei den Naturrechtslehrern ist eine Geschichte der Irrthümer. Darum war ihre fruchtbarste Lehre die, einen Mittelweg zu gehen.“

VIII.

Abschnitte aus dem talmudischen Strafrecht.

I. Folge.

Von

Sammy Gronemann[1]).

Erster Abschnitt.

Das Wesen der Strafe nach dem Talmud.

§ 1.

I. Die Strafe als Deliktsfolge.

Eine der Folgen, die ein Delikt nach sich ziehen kann, ist die staatliche Strafe. Weder ist sie die einzige Folge, noch ist sie die nothwendige Folge eines jeden Deliktes. Sie unterscheidet sich von anderen Folgen durch ihren Grund, ihren Zweck und ihren Vollzug. — Der Grund liegt in der Verletzung eines staatlichen Interesses — der Zweck ist Wiederherstellung des gestörten Gleichgewichts der Rechtslage resp. des Rechtsgefühls —, der Vollzug erfolgt nach Massgabe der Verantwortlichkeit des Delinquenten für die That und der Nothwendigkeit und Möglichkeit der Reaktion durch den Staat.

---

[1]) Arbeit aus den von mir im Sommersemester 1898 geleiteten Uebungen in der Geschichte des Strafrechts und in der vergleichenden Rechtswissenschaft. Kohler.

Bei Wegfall oder Verminderung der Verantwortlichkeit des Verbrechers wird daher der Vollzug ebenso aufgehoben oder eingeschränkt, wie in dem Falle, dass zur Erreichung des Strafzweckes der Vollzug ganz oder theilweise überflüssig oder nutzlos erscheint.

§ 2.

II. Das ius puniendi.

a) Allgemeines.

Der Grund des staatlichen Strafrechtes liegt in der Verletzung eines staatlichen Interesses. — Es ist die Aufgabe des Staates, die Interessen des Volkes in seiner Gesammtheit, wie die des einzelnen Volksgenossen zu sichern und zu fördern. Das Gesammtvolk bildet einen selbstthätigen, seinen Selbstzweck im Weltgefüge besitzenden Organismus; — der Einzelne wieder ist mit der Gesammtheit eng verknüpft. — Pflichten sind die durch das Gesetz auferlegten Abgrenzungen der Interessensphären; ein Delikt ist die Verletzung einer Pflicht durch Thun oder Unterlassen. — Der Staat hat das Recht und die Pflicht, denjenigen, der die Grenzen nicht respektirt, zurückzuweisen und die geschwächten oder unkenntlich gemachten Grenzen wieder herzustellen.

§ 3.

b) Pflichten.

Durch die Abgrenzungen bestimmt der Staat, wo die natürlichen Rechte eines Jeden durch die gleichen Rechte des Nebenmenschen eingedämmt werden müssen. — Jede Verletzung, die eine dieser so abgegrenzten Interessensphären erleidet, ist zugleich eine Verletzung des Gesammtorganismus, — da die Arbeit, die der Einzelne der Gesammtheit leistet und auf die die Gesammtheit rechnet, unterbunden wird.

So entsteht eine doppelte Pflicht für einen Jeden: einmal die gezogenen Grenzen zu respektiren — und

dann, den ihm garantirten — weniger kontrolirbaren, ihm anvertrauten — Theil des Gesammtinteresses, sein Einzelinteresse so zu verwalten, dass es nicht Schaden leide, es nicht zu vernachlässigen.

So scheiden sich die Pflichten in

Pflichten unmittelbar gegen Andere und
Pflichten unmittelbar gegen sich selbst.

§ 4.

1. Pflichten gegen Andere.

Da Alle gleiche Rechte geniessen, so darf es Keinem gestattet sein, durch Uebergreifen in die Sphäre des Anderen das Rechtsvermögen und Rechtsverhältniss zu seinen Gunsten und des Anderen Ungunsten zu verschieben, ihm in der Erfüllung seiner Lebensarbeit lästig zu fallen, ihn in der Erledigung seines der Gesammtheit geschuldeten Arbeitspensums zu behindern. — Das gilt, wie der Einzelperson gegenüber, auch gegenüber einer Gesammtheit, so dem Volke und Staate.

§ 5.

2. Pflichten gegen sich selbst.

Die Pflicht der angemessenen Verwaltung des eigenen Interessenkreises richtet sich unmittelbar gegen den Träger und Mittelpunkt selbst. Hierher gehören insbesondere alle Pflichten der Ethik.

§ 6.

3. Gesetzliche Regelung.

Beide Arten der Pflichten sind durch das Gesetz auf das Detaillirteste geregelt. Diejenigen Vorschriften, welche sich auf die Pflichten gegen Andere beziehen, sind die juristischen des privaten und öffentlichen Rechtes; diejenigen,

welche sich mit den Pflichten gegen sich selbst befassen, sind die religiösen, die Ceremonialgesetze. — Subsidiär tritt bei Verletzung der Gesetze überhaupt das Strafrecht ein [2]).

§ 7.

4. Uebergang der Pflichten.

Wie im orientalischen Gebiete überhaupt Jus, Religion und Moral keinen scharf getrennten geistigen Besitzstand haben, so auch im talmudischen Recht. Wie es der Zweck der Religion ist, durch Erziehung zur höchsten Moral sich selbst überflüssig zu machen, interessirt hier nicht; aber auch im Dienste des Jus an sich steht sie und ebenso das Jus in dem ihren. — Die Autorität des Rechtes schützt die Institutionen der Religion, und die Weihe der Religion verklärt die gewöhnlichsten Handlungen des Verkehrs. — So gehen ihre Vorschriften Hand in Hand, und so besteht auch zwischen den Pflichten gegen Andere und denen gegen sich selbst kein unüberbrückbarer oder ausschliessender Gegensatz.

Die Pflichten gegen sich selbst erscheinen schon deshalb gleichzeitig als Pflichten der Gesammtheit gegenüber, da ja ihre Beobachtung allein diese auf der gewollten Höhe erhält, die Weiterentwickelung und Mission des Ganzen ermöglicht, woher ja auch erst die Regelung dieser Pflichten durch den Staat sich rechtfertigt; dann aber auch den Einzelnen gegenüber, insofern ihre Verletzung durch Erregung von Aergerniss, böses Beispiel etc. in das Gebiet Anderer übergreift.

Ebenso enthält jede Verletzung des Rechtes eines Anderen in sich selbst schon ein Delikt gegen die idealen Forderungen der Ethik, also gegen eine Pflicht der anderen Kategorie [3]).

---

[2]) Der Strafvollzug dagegen ist auf ein engeres Gebiet beschränkt, wie unten auseinander gesetzt wird.

[3]) Die Nächstenliebe als Grundlage der gesammten jüdischen Gesetzgebung u. A. Talm. Sabb. 31a.

Jede Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift enthält ausserdem eine Missachtung staatlicher Autorität und bildet so eine bei jedem Delikt gleichbleibende begleitende strafbare Handlung, die stets die gleiche Sühne erfordert.

Der Unterschied zwischen den beiden Pflichtenkategorieen, wie sie oben gekennzeichnet sind, wird in einer Beziehung praktisch, und zwar bei der Ausübung des staatlichen Strafrechtes, also dem Strafvollzug.

§ 8.

c) Gesetzliche Strafandrohung.

Der Staat verhängt eine Strafe, um seine Interessen, resp. die durch ihn zu sichernden Interessen zu schützen[4]). Einen wirksamen Schutz aber erblickt der Gesetzgeber nicht sowohl erst in der starken Abschreckung durch den Vollzug der Strafe, als schon in dem Aussprechen der Warnung[5]). Das Gefühl der Rechtssicherheit, des allgemeinen Rechtsschutzes, das die Gesetzgebung doch schaffen will, kann nur dann erreicht werden, wenn der Verbrecher zwar bestraft wird, aber nur der wirklich schuldige und nur nach dem Masse seiner subjektiven Verschuldung. Die Strafe trifft den Thäter, nicht die That; mag diese demnach objektiv die allerschwersten Rechtsfolgen erheischen, dem Thäter, der sich der Rechtsverletzung gar nicht oder nur theilweise bewusst war, kann keine oder nur eine ermässigte Strafe zu Theil werden. Zum Bewusstsein der Rechtsverletzung ist erforderlich, dass eine Gesetzesregel existirt, die sich über den betreffenden Fall ausspricht, und dass diese Regel im Moment der That dem Thäter bekannt ist. — So geht das talmudische

---

[4]) Ueber die Theorie der Strafe s. im Uebrigen § 9.

[5]) Die Konsequenz der Warnungstheorie findet sich in dem Principe des Kareth, ausführlich behandelt im § 11 ff.

Recht über den Grundsatz nulla poena sine lege noch weit hinaus, indem es sagt:

לא ינם אלא אם כן הזהיר

(„Keine Strafe ohne Verwarnung“)

d. h. keine Strafe ohne Voraussicht derselben. Im Augenblicke der That muss der Thäter sich des durch ihn gefährdeten Gesetzes, der auf dessen Uebertretung gesetzten Strafe und sogar der Möglichkeit der Beweisführung seiner Schuld bewusst sein, soll er die ganze Schwere des Gesetzes fühlen, sollen die ideellen Folgen des abstrakten Deliktes durch die reellen thatsächlichen Folgen erreicht werden.

Diese Bestimmung ist materieller, nicht prozessrechtlicher Art; in letzterem Falle müsste das sinnfällige Verwarnen das Entscheidende sein und dessen Wegfall den Wegfall einer Strafvoraussetzung bilden. Es kommt auf die thatsächliche Kenntniss des Delinquenten an. Ist diese an sich vorauszusetzen — wie bei einem Rechtsgelehrten —, so bildet das Fehlen der thatsächlichen Verwarnung kein Hinderniss für das Gericht [6]).

§ 9.

d) Schranken des staatlichen Strafrechtes.

Das Recht, zu strafen, ist ursprünglich demjenigen eigenthümlich, dessen Interesse verletzt ist; wie nun dem Einzelnen in der Ausübung dieses Rechtes Schranken gezogen werden müssen, sollen nicht noch grössere Verwirrungen im Rechtsleben angerichtet werden, so muss auch der Staat sich selbst in der Ausübung seines Strafrechts durch bestimmte Principien Fesseln anlegen.

Rein theoretisch entspricht der talmudischen Anschauung

---

[6]) Talm. Sanhedr. 41 a. — Fürst, Das peinliche Rechtsverfahren im jüd. Alterthume, Heidelberg 1870, vernachlässigt eigenthümlicher Weise diesen Punkt gänzlich, trotzdem er S. 21 f. auf die Thatbestandserfordernisse und den Nachweis der Absicht etc. eingeht.

das Princip der absoluten Theorie durchaus; das staatliche Strafrecht gründet sich aber auf eine relative Theorie, doch nur insoweit, dass sie nie die Alleinherrschaft hat; aussenliegende Momente bestimmen nur die Grenze, bis zu der die Konsequenz des Deliktes zu ziehen ist; das Motiv der Strafe muss stets im Delikt selbst liegen.

Jedes Delikt trägt in sich schon die Nothwendigkeit der Vergeltung; mit der Begehung ist zugleich in der Idee auch schon das Mass der zur Ausgleichung, zur Sühne erforderlichen Ahndung gegeben. Die Pflicht, dieses Mass zu suchen, und das Recht, die Strafe zu vollziehen, haben nur diejenigen, deren Interesse verletzt ist. — Von diesen darf nun auch nur dasjenige Mass der eigentlich verdienten Strafe vollzogen werden, das zwecks Reaktion auf die gegen sie gerichtete Verletzung nöthig ist. — Ebensowenig wie dem Einzelnen gestattet werden kann, ohne Mandat eine ihn selbst gar nicht berührende Rechtsverletzung eines Dritten zu ahnden, ebensowenig kann dem Staat die Strafberechtigung zugesprochen werden, wenn nicht sein oder der Seinen Interesse verletzt ist; und da, wo ihm das Strafrecht zusteht, darf er bei der Strafbemessung eben nur diejenigen Seiten des Deliktes in Betracht ziehen, die in der angegebenen Weise wirken. — Der Staat hat also das Recht, für ein geschehenes Delikt dem Thäter ein Uebel zuzufügen, nur dann und nur soweit, wenn und wie mit dieser Reaktion dem Gesammtinteresse gedient ist. Andererseits darf er nie aus Zweckmässigkeitsgründen härter strafen, als der Thäter es an sich verdient hat. — Die Strafe als die natürliche Rechtsfolge des Deliktes ist somit von der staatlich zu vollstreckenden Strafe zu unterscheiden. Der Staat ist nicht in der Lage, jede durch das Gesetz auf ein Verbrechen gelegte Strafe auch wirklich zu vollziehen. Es ist also eine Warnungstheorie massgebend, die nicht mit der Theorie der Abschreckung durch den Vollzug verschwimmt.

§ 10.

III. Unvollstreckbare Strafandrohung.

a) Allgemeines.

Die Lehre von den Delikten, deren Strafe nicht die Sache des Staates ist, scheint nicht in den Rahmen des staatlichen Strafrechtes zu fallen. Sie gehört aber doch hierher, insofern im Talmud auch dies Gebiet mit unverminderter Sorgfalt behandelt ist und die Strafbestimmungen auch hier minutiös ausgearbeitet sind. In strenger Theorie werden da auf dergleichen Delikte Todesstrafen gesetzt, trotzdem der Gesetzgeber das volle Bewusstsein hat, dass diese Strafe hier nie verwirklicht werden könne. — Die Warnung an sich ist aber wichtig genug und muss ihre Wirkung auch ohne das Hülfsmittel der nachfolgenden Vollstreckung haben. — Aus der sorgfältigen Darstellung aller dieser dem staatlichen Strafvollzuge entrückten Delikte ergiebt sich ausserdem erst gerade das Grundprincip des Gesammtstrafrechtes, und diese ganze Rubrik ist bezeichnend für die streng konsequente Theorie der Tanaim und Amoraim [7]).

Die dem staatlichen Strafrechte in der Vollstreckung entzogene, doch in ihrem Geltungsgebiet genau fixirte Todesstrafe heisst כרת Kareth [8]). Ihrer Natur nach ist sie nicht unter den Todesarten im eigentlichen Sinne, überhaupt nicht unter den eigentlichen staatlichen Strafen zu behandeln,

---

[7]) Talm. Sanh. 51b wird direkt die Frage aufgeworfen, ob man sich mit der Theorie von Todesstrafen abgeben solle, die in Wirklichkeit nie verhängt werden dürfen. Die Antwort, die Abaja ertheilt, lautet: דרוש וקבל שכר, das Forschen belohnt sich selbst.

[8]) Seit Luther gewöhnlich mit „Ausrottung“ übersetzt, — einem Wort, das sich der gewöhnlichen Auffassung sehr anpasst, die recht mystischer Natur ist, — jedenfalls aber anzeigt, dass es sich um eine ganz eigenthümliche Vernichtungsart handelt.

sondern als poena sui generis und als rein abstrakter Begriff schon hier als wesentlicher Beitrag zur Charakteristik des talmudischen Strafbegriffes und als Schranke staatlicher Machtvollkommenheit.

§ 11.

b) Das Princip des כרת.

Wie schon oben erörtert, besteht ein unlöslicher Zusammenhang zwischen den Pflichten gegen Andere und denen gegen sich selbst; man kann keine Pflicht absolut in die eine oder andere Kategorie einreihen, sondern stets wird das Ueberwiegen der Merkmale nach der einen oder anderen Seite den Ausschlag geben müssen. — So werden auch bei denjenigen Delikten, die mit der Karethstrafe bedroht sind, sich immer noch Erscheinungen zeigen, die ein staatliches Interesse berühren und die theilweise so bedeutend sind, dass auch der Staat thatsächlich strafend eingreift, nicht um das Wesentliche, wohl aber um Begleiterscheinungen zu bestrafen. — In solchem Falle wird also unter Umständen ein doppeltes Todesurtheil verhängt: ein vollstreckbares und ein nicht vollstreckbares. Wir können demnach absolute und relative Karethdelikte unterscheiden. Die ersteren stehen gar nicht unter der staatlichen Autorität, die letzteren dagegen sind ausser mit Kareth noch mit der staatlich vollziehbaren Todesstrafe bedroht [9]).

Zu beachten ist ferner, dass gänzlich von jedem staatlichen Eingriff ein Delikt schon deshalb nie befreit sein

---

[9]) Dr. S. Mayer, Geschichte der Strafrechte III S. 107, giebt eine Darlegung und Eintheilung der Materie rein nach thatsächlichen Aussprüchen, die oft mit einander in Widerspruch stehen. Die citirten Stellen des Talmud resp. der Mischnah (in Rabbinowitz, Legislation criminelle du Talmud enthalten) haben nicht die Bedeutung massgebender Grundsätze in dem Sinne, den man nach Mayer hineinzulegen geneigt ist.

kann, wenn es gegen eine Gesetzesvorschrift verstösst, da, wie schon erwähnt, jede Gesetzesverletzung an sich schon als crimen sui generis erscheint und mit einer unwandelbaren Strafe belegt ist. Hier also hat die gesetzliche Fixirung der Warnung auch bei den absoluten Karethdelikten eine thatsächliche Folge. — Diese unwandelbare Folge kann durch härtere Strafen des Einzelfalles konsumirt werden, tritt aber elastisch stets wieder hervor, wenn diese Einzelstrafe aus irgend welchem Grunde unterbleiben musste.

Der Begriff des Kareth ist ein processualer, indem er lediglich die Thätigkeit der menschlichen Gerechtigkeit hemmt, die Zuständigkeit jedes menschlichen Gerichtes negirt; die That bleibt objektiv strafwürdig und strafbar.

§ 12.

1. Absolute כרת-Delikte.

Absolute Karethdelikte sind:

1. Sittlichkeitsdelikte im Allgemeinen.

Hier, wie überall bei diesen Delikten, sind die in der mosaischen Gesetzgebung aufgestellten Normen von der talmudischen einfach beibehalten und ist lediglich das oben motivirte, nebenhergehende Eingreifen des Staates erörtert; doch wird das Princip philosophisch erörtert, immer aber ohne den Versuch, etwa ein Delikt aus der Liste zu streichen oder ein neues hinzuzufügen.

2. Delikte gegen das Ceremonialgesetz;
Unterlassung der Beschneidung;
Entweihung des Versöhnungstages und Passahfestes;
Opferentweihung;
Nichtbeachtung der priesterlichen Reinheitsgesetze.

3. Zauberei und Gotteslästerung.

Durch die Einreihung dieser Delikte zeigt es sich, dass sie lediglich als Delikte gegen sich selbst gelten und nicht etwa

eine böse Wirkung der Zauberei auf Andere oder ein Beleidigtsein der Gottheit angenommen wird [10], [11]).

Die Art der Begehung — Erregung von öffentlichem Aergerniss, Ansteckungsgefahr etc. — konnte natürlich auch hier dem Staate Anlass zum Einschreiten auf Grund anderer Vorschriften geben.

§ 13.

2. Relative כרת-Delikte.

Bei diesen Delikten tritt, wie gezeigt, stets zu der Strafe des Kareth die staatlich vollstreckbare Todesstrafe. Auch hier hat die talmudische Gesetzgebung nie ihre Todesstrafe an die Stelle der im mosaischen Rechte vorgesehenen Karethstrafe gesetzt, sondern hat stets beide Strafandrohungen recipirt und neben einander behalten.

Relative Karethdelikte sind:

1. Einige Sittlichkeitsdelikte, die die Gefahr der Degeneration des Volkes nahelegen;
2. Sabbathentweihung.

Ist, rein religiös genommen, der Sabbath dem Versöhnungs- und Passahfest höchstens gleichstehend, so dass hier wie da die Verletzung mit Kareth gesühnt ist, so hat er vor ihnen eine socialpolitische Bedeutung voraus und bildet seine Institution eines der Fundamente des jüdischen Gemeinlebens.

3. Menschenopfer.

---

[10]) Mayer a. a. O. rubricirt die Zauberei unter „Betrug und Untreue“. Das ist sicher verfehlt; nur unter Umständen ist etwas Derartiges mit der Zauberei verbunden und dann diese Täuschung als besonderes Vergehen mit den gewöhnlichen Mitteln strafbar. — Schon der Umstand, dass auch diejenigen, die den Zauberer befragen, sich des Vergehens der „Zauberei“ schuldig machen, zeigt, dass der Begriff der Täuschungsabsicht kein Merkmal dieses Deliktes ist. — Hier, wie oft, spricht Mayer von dem „Ersetzen“ des Kareth durch Geisselung. — Darüber s. § 11 Abs. 2.

[11]) Im Sinne des Textes über Zauberei Maimonides durchweg.

Diese schwerste Bethätigung der Abgötterei erfordert naturgemäss eine Reaktion des durch sie höchlichst gefährdeten Volkes. — Mord und Götzendienst sind an sich schon mit der staatlichen Todesstrafe belegt; für den Fall der Vereinigung beider Verbrechen, den Fall der Idealkonkurrenz, ist die Karethstrafe angedroht.

Zweiter Abschnitt.

Die Strafarten des talmudischen Rechtes.

§ 14.

I. Das Vergeltungsprincip im Talmud.

Ein ideales Strafensystem im Sinne des talmudischen Rechtes wäre das der konsequentesten Talion; d. h. dem Delinquenten wird ein Uebel zugefügt, das ihn in seiner Interessensphäre in genau demselben Masse und in genau derselben Art schädigt, als ein Anderer durch ihn in seiner Interessensphäre schuldhaft geschädigt ist[12]).

Die jüdische Religion zählt die Idee einer derart vollendeten — göttlichen — Wiedervergeltung zu ihren Grundprincipien. Wer sich von dieser Idee lossagt, gilt als „Abtrünniger". — Wo in den Erzählungen der Bibel sich die göttliche Gerechtigkeit strafend geltend macht, geschieht dies nach dem Principe der Talion[13]). Da, wo sich diese höchste

[12]) Die Ausdrücke, hier wie im Folgenden, sind nicht im allgemeinsten Sinn zu verstehen, sondern so, wie sie sich aus den im ersten Theile dieser Abhandlung für das talmud. Strafrecht entwickelten Begriffen ergeben. So bedeutet „schuldhaft" hier insbesonders: mit Bewusstsein des kausalen Zusammenhangs zwischen Handeln und Erfolg, — des gefährdeten Gesetzes, — der Strafbarkeit und der Nachweisbarkeit, — neben der gewöhnlichen Bedeutung des verursachenden Thuns.

[13]) So bei Haman, Daniel etc. Die Idee der göttlichen Wiedervergeltung war so eingewurzelt, dass die Talmudisten sich bemühten,

Gerechtigkeit nicht selbst eingreifend bethätigt (resp. durch menschliche Werkzeuge handelt), muss der Mensch selbstständig die Vertretung übernehmen. — Der zunächst Betheiligte, wenn es ein Einzelner oder ein regelloser Haufe ist, wird nun in seinem Urtheil durch den Affekt getrübt. Der Staat entwindet daher den Einzelnen die private Strafmöglichkeit fast gänzlich — durch Asylschaffung etc. — und übernimmt es, durch ein objektives Gericht die Strafe festsetzen und unter seiner Aufsicht sie vollziehen zu lassen. — Innerhalb dieses Rahmens und nachdem so schädlichen Einflüssen des Affekts vorgebeugt ist, kann dann den Geschädigten auch die Möglichkeit der Befriedigung ihrer berechtigten Gefühle gewährt werden.

Ist nun auch mit der Institution staatlicher Gerichte ein Uebel vermieden, so ist doch Menschen nie möglich, eine ideale Talion zu finden und zu vollstrecken. Menschengeist vermag nicht, mit der Vollkommenheit der göttlichen Gerechtigkeit Delikt und Strafe gegen einander abzuwägen und alle die Imponderabilien zu berücksichtigen, durch deren Ermessen und Verwendung allein die Wage der Themis ins Gleichgewicht gebracht werden kann. — So ist für das praktische Talionsprincip in der Anwendung des Talmud die Definition in wesentlicher Beschränkung der obigen Erklärung die folgende: Es wird dem Delinquenten ein Uebel zugefügt, das ihn in seiner Interessensphäre in höchstens genau demselben Masse und in möglichst genau derselben Art schädigt, als ein Anderer durch ihn in seiner Interessensphäre im Minimum sicher schuldhaft geschädigt ist.

Die zu erkennende Strafe kann somit nie grösser, wohl aber geringer sein, als die eigentlich verdiente. Das Ideal

---

selbst in anscheinend fernliegenden Fällen des göttlichen Strafgerichts sie nachzuweisen. — So wird z. B. der Untergang des Pharao im Rothen Meere mit der Bemerkung begleitet, dass er durch dasselbe Mittel gestraft sei, mit dem er Israel vernichten wollte, als er die jüdischen Knaben ertränken liess, — durch das Wasser!

der genau ausgleichenden Gerechtigkeit bleibt stets Ideal, somit unerreichbar. Aber stets hat sich der Richter zu bemühen, die Richtung nach diesem unerreichbaren Ziele einzuhalten. Das ganze Strafensystem des Talmud folgt diesem Wege, wie in der Darstellung der Lehre vom Verbrechen nachzuweisen wäre.

§ 15.

II. Das Strafensystem.

Ein Delikt kann sich gegen die Persönlichkeit Jemandes an sich richten, — gegen das Leben, den Leib, die Seele, — oder gegen dessen Beziehungen zur Aussenwelt, durch Störung derselben, gegen das Vermögen. — Es ist bereits, im ersten Theile dieser Abhandlung, gezeigt, wie auch Vergehen gegen die Gesammtheit oder gegen die Religion hier rubricirt werden können, und ist das eventuell bei der Besprechung der Einzeldelikte zu specialisiren.

Die Strafen sind dem oben dargelegten Principe nach entsprechend der Natur der Delikte solche, die sich gegen die Persönlichkeit des Delinquenten richten, Leibesstrafen (Freiheitsstrafe)[14] und Vermögensstrafen. — Als Nebenstrafe existirt der Bann in seinen verschiedenen unsicheren Formen. Der Bann ist in seiner Wirksamkeit und der Möglichkeit, ihn zu verhängen, durchaus nicht an die Hauptstrafen gebunden[15].

Eine Ablösbarkeit von Leibesstrafen durch Vermögensstrafen giebt es im talmudischen[16] Rechte nicht, oder doch nur in

[14]) Die Freiheitsstrafe als poena extraordinaria tritt lediglich subsidiär ein. Da das Delikt der Freiheitsberaubung als solches nicht existirt, kann eben auch in Folge des Talionsprincipes die Freiheitsentziehung nirgends ursprünglich als Strafe statuirt werden, s. § 23.

[15]) Also anders wie im heutigen Rechte. — Der Bann fällt zum grossen Theil aus dem System des staatlichen Strafrechts hinaus und ist nur einiger Berührungspunkte halber ausführlicher zu behandeln, s. § 27.

[16]) Anders vielleicht im mosaischen Recht.

den gesetzlich bestimmten Fällen, in denen das Gericht an sich schon nicht in der Lage war, auf eine Leibesstrafe zu erkennen. — Wahlweise oder für den Unvermögensfall konnte nicht die Person für das Vermögen eintreten.

§ 16.

III. Die Todesstrafe.

a) Allgemeines.

Es giebt im Talmud vier Arten der Todesstrafe, nämlich die Steinigung, die Verbrennung, die Schwerthinrichtung und die Erdrosselung.

Die gewöhnliche Art ist die Steinigung; doch lässt sich kaum aus dem Talmud resp. der Mischnah beweisen, dass sie die ursprünglich alleinige Hinrichtungsart gewesen sei[17]. Im mosaischen Rechte finden sich unbedingt auch schon Fälle der Verbrennung. — Der Beweis, dass die drei letztgenannten Hinrichtungsarten erst später in das Recht aufgenommen seien, wird darauf gestützt, dass im Traktat Sanhedrin die Anordnung derart geschieht, dass zunächst über die Steinigung ausführlich gehandelt wird und dann der Text fortfährt: Es giebt folgende Todesarten[18]. Damit scheint erwiesen, dass die Steinigung das Ursprüngliche gewesen sei und erst eine spätere Gesetzgebung sie mit den anderen Arten rubricirt habe. — Das ist entschieden aber eine unrichtige Beweisführung, vor der der Talmud selbst warnt, indem er ausdrücklich sagt, dass aus seiner Anordnung keinerlei Schlüsse zu ziehen

---

[17]) Wie Duschak, Das mosaisch-talmudische Strafrecht, S. 6 will.

[18]) Duschak a. a. O. beweist überhaupt flüchtig. — Nicht der achte Abschnitt, sondern gerade der siebente beginnt mit dem Referate über die vier Todesstrafen. Auch werden nicht nur die anderen drei Todesstrafen erläutert, sondern auch die Steinigung wird besprochen. — Freilich handelt auch schon der sechste Abschnitt über diese Todesart. — Uebrigens giebt gerade das Duschak'sche Werk den Beweis, dass selbst in modernen Büchern bisweilen recht unsystematisch gearbeitet wird.

sind. — Sehr oft, vielleicht durchweg, geht der eigentlichen systematischen Uebersicht und Darstellung ein kasuistischer Abschnitt voraus; nachdem eine Anzahl praktischer Fälle angegeben, diskutirt und entschieden sind, wird nun auf Grund dieses Materials der abstrakte Inhalt, der Rechtsgrundsatz entwickelt [19, 20]. — So wird hier zunächst unter Anziehung der gebräuchlichsten Art die Praxis der Hinrichtungen erörtert, dann ihre Theorie dargelegt.

Neben den erwähnten vier Arten hat man noch eine andere Art der Todesstrafe angenommen — die der כיפה (Kippah). — Diese soll in folgendem Verfahren bestanden haben: der Delinquent wird in Gewahrsam gebracht und so lange mit Gerstenbrot (oder, wie auch gesagt wird, gar mit Gersten körnern) gefüttert, bis sein Körper anschwillt und der Leib berstet [21]. Das stützt sich auf Sanh. 81^{b} Mischnah [22]. Allein das Ganze ist ein Missverständniss und sollte sich eigentlich die Unrichtigkeit der Deutung schon aus der inneren Widersinnigkeit ergeben. — Ein solch beispiellos grausames Verfahren entspricht dem talmudischen Sinne schon durchaus

[19]) Beispielsweise beginnt der erste Abschnitt des Traktats „Meziah" (Fundsachen): „Wenn zwei Leute ein Tuch finden . . .", der zweite: „Folgendes sind Fundgegenstände". — Es wird daraus kaum geschlossen werden können, dass ursprünglich nur Tücher im jüdischen Reiche gefunden wurden, resp. rechtlich als Fundgegenstände galten!

[20]) Gewissermassen wird der Generalnenner gezogen, nachdem die Zahlen neben einander aufgestellt sind.

[21]) So besonders antisemitische Tendenzschriftsteller, welche mit Vorliebe diese Stelle benutzen, um die Grausamkeit der jüdischen Justiz zu erweisen. — Aber auch unparteiische, selbst jüdische und talmudkundige Schriftsteller fassen die Kippah als Todesstrafe auf. So auch Mayer, Geschichte der Rechte III S. 102, der eigenartig genug die Kippah bald als Todes-, bald als Freiheitsstrafe auffasst. — Dass die Kippah nur das Letztere ist, wird im § 25 nachgewiesen werden. Mayer müsste konsequent auch Zuchthaus bald als Todesstrafe, wenn es lebenslänglich, bald als Freiheitsstrafe fassen, wenn es zeitlich verhängt wird. — Auch Duschak a. a. O. spricht vom Todtfüttern S. 11.

[22]) Nicht 81a wie Mayer citirt.

nicht; dann aber ist es doch ganz eigenthümlich, dass diese sicher grausamste aller talmudischen Hinrichtungsarten eben denjenigen Delinquenten vorbehalten ist, die auf die mildeste Behandlung Anspruch erheben dürften, so nämlich denjenigen, denen man ihre That nicht, wie sonst nothwendig, rite durch Zeugen beweisen konnte, oder gar solchen, denen überhaupt die That nicht bewiesen werden konnte, wie auch, freilich unrichtigerweise, angenommen wird[23]. — Der Talmud verlangt eine möglichste Abkürzung der Todesangst —, diese Methode würde an Umständlichkeit und in die Länge ziehen kaum zu übertreffen sein. Ferner, wollte man schon den Verdächtigen oder nur auf Indicien Verurtheilten eine schlimmere und langwierigere Todesart bereiten als den rite Ueberführten, so gab es doch näher liegendere Mittel, als dies mehr als raffinirte Verfahren; man hätte den Gefangenen verhungern lassen können, wollte man einmal nicht Hand an ihn legen. — Ein indirekter Beweis[24] aus dem Talmud selbst ergiebt sich Makoth 7ª Mischnah. Mehrere Tanaim sagen da, dass sie als Richter nie, resp. sehr selten, einen Beweis für so gelungen ansehen würden, dass sie danach auf Tod hätten erkennen können, d. h. auf eine der normalen Todesarten, denn gerade die Fälle, in denen ein formeller Mangel in dem Beweise liegt, lassen die Kippah zur Anwendung kommen. Sie sagen also, sie hätten die Mörder nicht auf den Hinrichtungsplatz, sondern in die Kippah geschickt. Darauf äussert der Tana Schimeon ben Gamliel, ein Anhänger der Todesstrafe: „So hättet Ihr die Mörder in Israel vermehrt!“ Er meint also, die Kippah könnte nicht so abschreckend wirken, wie die vier Todesstrafen. Folglich kann sie keine qualificirte, keine ausserordentliche, überhaupt keine Todesstrafe sein. — Und im

---

[23]) S. § 25 A. 44.

[24]) Bei der Materie der כיפה bin ich der Darstellung in: „Der Talmud in seiner Beziehung zur biblischen Kriminaljustiz“ (Jüdische Presse 84 Nr. 31. 33) gefolgt.

Traktat Gittin (Ehescheidung) wird der Frau eines zur Hinrichtung geführten Mannes die Wiederverheirathung gestattet, nicht der des zur Kippah geführten. — Die Kippah ist keine Todesstrafe; der Nachweis, als was sie denn wirklich zu betrachten ist, wird später zu erbringen sein[25]).

Die Todesstrafe gelangte sehr selten, vielleicht nie zur Anwendung, in Folge des ausserordentlich erschwerten peinlichen Rechtsverfahrens, von dem noch die Rede sein wird[26]), und stellt eigentlich nichts Anderes dar, als einen Uebergang von dem alten blutheischenden Rechtsgebrauche zu einer vollkommenen Negirung der Todesstrafe, die durch Menschen verhängt wird[27]). Die Gesetzgebung des Talmud geht von durchweg praktischen Gesichtspunkten aus, insofern sie sich auf den Boden von Thatsachen stellt und nichts fordert, was einmal vorhandenen Grundanschauungen widerspricht. Im Principe offenbar gegen die Sklaverei, hat sie dieselbe nicht mit einem Machtwort verboten, sondern im Gegentheil diese Institution bis in die geringsten Einzelheiten geregelt, doch so, dass in Wirklichkeit die Sklaverei aufgehoben war, wenn man dem Gesetze in seine Konsequenzen folgte. So bildet der Talmud auch hier eine Brücke zur Idee, dass eine Verhängung der Todesstrafe durch Menschen unstatthaft und unzweckmässig sei.

§ 17.

b) Die Steinigung (סקילה).

Die ursprünglichste Art einer Lynchjustiz wird sein, dass der erbitterte Haufe Steine aufrafft und den Uebelthäter mit diesen überschüttet, bis er stirbt. — Hieraus mag die gewöhnliche Art der öffentlichen Hinrichtung ihren Anfang ge-

---

[25]) S. § 25.

[26]) S. dritter Abschnitt.

[27]) Wie Fürst, Das peinliche Rechtsverfahren im jüdischen Alterthume, nachzuweisen sucht (Heidelberg 1870).

nommen haben, und vielleicht lässt sich beweisen, dass diese Art der Todesstrafe gerade gegenüber solchen Verbrechen angewendet wurde, welche die Gesammtheit unmittelbar bedrohen und deren Zorn erregen müssen. — Bei fortschreitender Entwickelung übernimmt der Staat die Regelung des Strafvollzuges; doch bleibt die eigentliche vollstreckende That den berufenen Vertretern des Publikums, den Zeugen vorbehalten[28]. Sie, als Zuschauer des Verbrechens, mussten am meisten erbittert sein und die Ueberzeugung von der Schuld des Thäters konnte bei Niemandem so fest sein, als bei ihnen. Welche Garantie für ihre Zuverlässigkeit bei der Aussage durch die Einrichtung, dass ihnen die Vollstreckung des durch sie veranlassten Urtheils oblag, gegeben wurde, ist an anderer Stelle zu erörtern[29].

Die Vollstreckung geschieht am Tage des Urtheils; sofort nach dessen Verkündung wird der Delinquent nach dem Richtplatz geführt, in Begleitung zweier Rechtsgelehrten und eines sein Verbrechen verkündenden Herolds[30]. Vierzig Ellen vor dem Richtplatz fordert man ihn zur reuigen Einkehr auf, vier Ellen vorher beginnt man, ihn rasch zu entkleiden. — Die Entkleidung geschieht, damit der Tod schneller eintrete, doch wird sie bei Weibern weniger vollständig vorgenommen, als bei Männern, da nach gemeiner Ansicht die Schande einem Weibe weher thue, als jeder körperliche Schmerz. Auf dem Richtplatze ist ein zwei Ellen hohes Gerüst aufgeschlagen; der Delinquent besteigt es und wird von dem einen Zeugen rücklings hinabgestossen, so dass er sich das Genick bricht. Ist er aber schlecht gefallen, etwa auf die Brust, legt man ihn auf den Rücken, und der zweite Zeuge tödtet ihn, indem

---

[28]) Aehnlich wie im Islamrecht (Kohler).

[29]) S. dritter Abschnitt. Ausserdem kommt es beim Verfahren gegen falsche Zeugen in Betracht, dass sie wirklich selbst morden, nicht zum Morde anstiften resp. indirekt morden wollten.

[30]) S. dritter Abschnitt über den Zweck dieses Aufzuges.

er einen mächtigen Stein auf ihn fallen lässt. Lebt er dann noch, so steinigt ihn das ganze Volk[31]).

Man geht von der Absicht aus, den Todesschmerz und die Todesangst möglichst zu verkürzen; auf den zum Tode verurtheilten Verbrecher wird noch das Wort angewendet: Du sollst deinen Nächsten lieben, wie dich selbst[32]).

Nach dem Tode wurde der Hingerichtete durch Aufhängen zur Schau gestellt; das wurde jedoch auf Gotteslästerer beschränkt und war unter normalen Umständen nur auf Männer anwendbar. Die aufgehängte Leiche wurde am Abend zur Bestattung abgenommen. — Es ist anzunehmen, dass nach mosaischem Rechte gesteinigte Verbrecher bisweilen verbrannt wurden, was später abkam.

§ 18.

c) Die Verbrennung (שריפה).

Unter „Verbrennen" verstehen wir gemeiniglich die Strafe des Scheiterhaufens. — Doch ist der wirkliche Flammentod nicht mit der talmudischen Strafvorschrift gemeint. Es existiren nur zwei Fälle, in denen nach dem Zeugnisse des Talmud die wirkliche Verbrennung vollzogen ist. In beiden Fällen wird aber konstatirt, dass die betreffenden Behörden falsch und ungesetzmässig gehandelt haben[33]).

Die Vollstreckung geschah folgendermassen: Der Delinquent wurde bis an die Kniee in Dünger gestellt, um heftige Bewegungen zu verhindern; ein Strick oder hartes Tuch, um das ein weiches Tuch gewickelt war, wurde ihm um den Hals geschlungen und dies nach beiden Seiten fest angezogen, so dass er den Mund zu öffnen gezwungen war. Dann wurde ihm heisses, geschmolzenes Metall (Blei oder Zinn) hinein-

[31]) Die Darstellung findet sich Sanh. 44 ff.

[32]) Sanh. 45 a.

[33]) Sanh. 52 ab.

gegossen und so durch Verbrennung seines Innern der Tod herbeigeführt. — Nach einer Ansicht soll man den Mund auf andere, gewöhnliche Weise öffnen, da auf die hier angegebene Weise der Delinquent den Erstickungstod sterben könne.

Der Grund, weshalb man diese Art der Todesstrafe anstatt des eigentlichen Verbrennens einführte, ist wieder das Princip der Nächstenliebe, da dieses Verfahren als bedeutend milder galt. Es wird sogar zugegeben, dass die Bibel den wirklichen Feuertod gemeint habe, dies erst eine Milderung der Rabbinen sei.

§ 19.

d) Die Schwerthinrichtung (הריגה).

Die Schwerthinrichtung geht wohl schon auf älteres Gewohnheitsrecht zurück, durch das die Vollstreckungsart fremder Völker recipirt ist. — Ihre Einrichtung, insbesondere auch die Nothwendigkeit eines Nachrichters, ist dem eigentlichen talmudischen Rechtsgefühle fremd. Sie blieb eine Ausnahmseinrichtung und war auch für ausserordentliche Fälle, wie Standrecht, anzuwenden.

Es wird im Talmud gestritten, auf welche Art die Enthauptung — nicht Erstechung — zu vollziehen sei, und es wird sowohl die Hinrichtung des aufrecht sitzenden oder stehenden Delinquenten mit dem Schwert als die des Enthauptens, während der Kopf auf einem Blocke ruht, als die mildere vertheidigt. Die erstere Art wird acceptirt[34]).

§ 20.

e) Die Erdrosselung (חניקה).

Die Erdrosselung geschieht in derselben Weise wie die Verbrennung. Der Delinquent wird bis zu den Knieen[35]) in

---

[34]) Hierüber Sanh. 52b.

[35]) Duschak a. a. O. S. 11 spricht hier vom Einscharren bis ans Kinn. Unter dem Ausdruck der Mischnah ist aber jedenfalls ein Ge-

Dünger eingestampft, die Tücher, das harte im weichen, werden ihm um den Hals gelegt und er dann durch Anziehen erstickt.

§ 21.

f) Verhältniss der Todesarten zu einander.

Ihrer Härte nach verhalten sich die Todesstrafarten so zu einander, dass die Steinigung die härteste ist und dann Verbrennung, Enthauptung, Erdrosselung folgen. — Doch hält eine Meinung die Verbrennung für das schlimmste Uebel [36]. — Diese Unterscheidung wird für den Fall der Konkurrenz wichtig. Hat Jemand sich zweier Todesstrafen würdig gemacht, so wird die härtere vollzogen. Eine andere Ansicht will, dass es sich nach der Anciennität des Verbrechens richten muss, welche Strafe angewendet werden soll [37]. Das kann für die ideale wie die reale Konkurrenz gelten. Idealkonkurrenz liegt z. B. beim Ehebruch mit der Schwiegermutter vor; Blutschande mit der Schwiegermutter erfordert Verbrennung, der Ehebruch dagegen Erdrosselung.

§ 22.

IV. **Die Leibesstrafe** (im engeren Sinne).

Eine Strafe der Verstümmelung giebt es im talmudischen Rechte nicht; alle diesbezüglichen Vorschriften der Bibel werden derart interpretirt, dass sie durch eine Ablösung durch Geld ersetzbar sind und ersetzt werden müssen.

Die Strafe der körperlichen Züchtigung dagegen nimmt

---

lenk — vielleicht auch Ellbogen oder Knöchel — zu verstehen. Jedenfalls ist nichts Anderes gemeint, als beim Verbrennen. Freilich bietet dies Vergraben bis zu den Knieen wenig Sicherheit gegen die Bewegungen des Delinquenten.

[36]) Sanh. 49 b.

[37]) Sanh. 81 a.

einen bedeutenden Platz im talmudischen Strafensysteme ein. Sie ist die „Strafe“ κατ' ἐξοχην — die Strafe, welche auf die Uebertretung jeder gesetzlichen Vorschrift als solcher gesetzt ist — wegfällt, wenn sie einer Todes- oder Geldstrafe weichen muss, aber wieder herantritt, wenn diese aus irgend welchen Gründen unvollziehbar ist[38]).

Die Vollstreckung geschieht folgendermassen: Das Instrument ist eine Geissel aus Rindshaut, mit zwei Knoten versehen. Bei der Exekution musste ein Arzt gegenwärtig sein, der auch vor Beginn zu begutachten hatte, ob der Delinquent das ihm auferlegte Mass ertragen könne. Das Maximum waren theoretisch 40 Schläge; in der Praxis wurden nur 39 gegeben, um jeden Irrthum in Folge falschen Zählens auszuschliessen. Eine Mindestzahl war nicht festgesetzt; insbesondere konnte der Arzt die Höchstgrenze erniedrigen; doch musste die endgültig festgesetzte Zahl durch drei theilbar sein, wegen der drei Kategorieen von Schlägen (s. u.); wenn während des Verlaufes der Exekution der Sachverständige sein Gutachten änderte, mehr oder weniger Schläge als zuerst für ungefährlich erkannte, so blieb es bei der milderen Ansicht. Entfloh während der Exekution der Delinquent oder trat unwillkürlich eine Absonderung ein, — nach einer Ansicht bei Weibern schon eher als bei Männern —, war er befreit. Aus letzterem Grunde, weil die Schande an sich schon den Zweck der Strafe erfülle. — Der Delinquent wurde an einen Pfahl derart gebunden, dass er sich in gebückter, halb sitzender, halb stehender Stellung befand. — Der Gerichtsdiener öffnet ihm das Gewand, so dass die Brust entblösst wird, tritt auf einen erhöhten Stein hinter ihn und vollzieht die Exekution, indem er einen Schlag auf den Rücken und zwei auf die Schultern abwechseln lässt. — Die Schläge fallen mit voller Wucht; doch geschieht ein Schlag zu viel und stirbt der Geschlagene, so wird fahrlässige Tödtung angenommen.

---

[38]) So bei den Karethdelikten; s. erster Abschnitt § 11.

Ein Richter giebt die Befehle, ein anderer zählt die Schläge, während ein dritter bestimmte Bibelstellen verliest [39]).

Diese Strafe zu verhängen, gestatteten sich die Rabbinen auch in Fällen, in denen das Gesetz schwieg. Es war eine Ordnungs- und Polizeistrafe. Diese rabbinische Geisselstrafe nennt man Makkoth marduth.

§ 23.

V. Die Freiheitsstrafe.

a) Allgemeines.

Wie schon gesagt, existirt die Freiheitsstrafe im talmudischen Rechte nur subsidiär. Der Talmud kennt nicht eigentlich das Delikt der Freiheitsberaubung, und nur diesem gegenüber könnte nach strikter Talion eine Freiheitsstrafe statuirt werden. — In der That aber giebt es auch im Talmud sogar mehrere Freiheitsstrafen, die nämlich subsidiär einzutreten haben, wenn in Folge des Mangels von thatsächlichen oder processualen Gründen die Todesstrafe nicht vollstreckbar ist. Die gewöhnliche Ansicht leugnet freilich sowohl von den Internirungsstädten, wie von der Kippah, dass sie Freiheitsstrafen sind, von der Kippah, dass sie eine Freiheits-, von der Internirung, dass sie überhaupt eine Strafe gewesen sei.

Die Institution der Haft an sich ist schon dem biblischen Rechte nicht fremd, wenn auch vielleicht sicher nur als Untersuchungshaft.

§ 24.

b) Die Internirungsstädte.

Es gab eine Anzahl Städte, deren Weichbild ein Asyl für Todtschläger im weiteren Sinne bildete, ein Asyl jedoch

---

[39]) Makk. 22b ff.

nur gegenüber dem privaten Verfolger, dem Bluträcher. Der Staat hatte selbstverständlich das Recht, jederzeit strafend gegen die dorthin geflüchteten Verbrecher einzuschreiten. Die Eigenschaft des Asyls war aber nicht die Hauptsache und der Zweck dieser Institution. Diese Städte waren ein Asyl für diejenigen, die schuldlos oder fahrlässig einen Menschen getödtet hatten. Dort blieben sie zuvörderst in Schutzhaft, bis das Gericht die Umstände der That entschieden hatte. Wer völlig schuldlos und nur Opfer eines unglücklichen Zufalls war, hatte das Recht, die Stadt zu verlassen; Andere mit leichter Schuld blieben in Haft, bis die Regelung durch ein Lösegeld erfolgt war. Für diejenigen aber, die sich einer culpa lata bewusst waren, war der Aufenthalt dort obligatorisch; denn sie waren ausserhalb des Bannkreises für den Bluträcher vogelfrei. Diese Sanktion der doch sonst eingedämmten Blutrache geschieht eben zu dem Zwecke, die Internirungsstädte zu einem Deportationsorte, den Aufenthalt dort zu einer Freiheitsstrafe zu machen[40]. — Es ist anzunehmen, dass die Internirten einer gewissen Polizeiaufsicht unterlagen; sicher aber wurden sie schon von den Bluträchern genügend überwacht[41].

Die Internirung war eine zeitlich, doch unbestimmt begrenzte. Sie endete mit dem Tode des amtirenden Hohepriesters. — Trat dieses Ereigniss ein, durften Alle den Internirungsort verlassen, d. h. also, damit hörte auch die Gefahr der Blutrache, das Recht des Bluträchers auf. So gilt dieses Recht nicht absolut, — unter Umständen wird

---

[40]) Makk. 7a ff. — Eine analoge Internirungsart finden wir schon Sam. II 16.

[41]) Zu bemerken ist, dass nach einer Ansicht der Bluträcher gar ein gutes Werk thue, wenn er den aus der Stadt Entwichenen tödte; — eine andere Meinung gestattet den Todtschlag dieses Entflohenen sogar einem Jeden. Andererseits will freilich eine Ansicht sogar der Bluträcher, der ohne Vermittelung des Gerichtes tödtet, als Mörder bestraft sehen. — Makk. a. a. O.

es gar keine oder eine minimale Geltungsdauer besitzen, — sondern es ist eben geschaffen, um die Strafe wirksam und sicher zu gestalten.

Diese Art der Terminsetzung ist einigermassen verwunderlich, doch kann sowohl die Idee, dass mit dem Amtsantritt des Hohepriesters eine Amnestie verbunden gewesen sei, ansprechen, als die von Mayer[42]) vertretene Auffassung: Der Termin muss unbestimmt sein, da sonst leicht Jemand in der Hoffnung der Nichtnachweisbarkeit einen Mord begehen würde, wenn er die Gewissheit hätte, in bestimmter Frist freizukommen. Doch können beide Erklärungen nicht recht befriedigen; siehe hierüber Abs. 2 des folgenden Paragraphen.

§ 25.

c) Die Kippah (Gefängniss).

Ein eigentliches Gefängniss, wie es scheint, ein recht hartes Zuchthaus, ist die im Talmud getroffene Einrichtung der Kippah[43]). Es ist bereits der Nachweis gegeben, dass darunter nicht, wie fast allgemein angenommen, die seltsame Todesart der Ueberfütterung gemeint sein kann. — Es ist eine Strafe, die in Fällen eintritt, wo die Verurtheilung zum Tode aus formalen Gründen unterbleiben muss, wo die Unschädlichmachung und Isolirung des Verbrechers ein Postulat des öffentlichen Friedens ist[44]).

---

[42]) S. 283.

[43]) S. § 16. Vgl. auch daselbst Anm. 13.

[44]) Dagegen findet die Kippah nicht etwa Anwendung auf Fälle, in denen die Thäterschaft zweifelhaft ist, wie aus Sanh. 79b Mischnah mit komischem Missverständniss geschlossen ist. Dort steht, wenn derjenige, der getödtet hat, unter Andere sich gemischt hat, so steckt man Alle in Gewahrsam. Dieses grausame und summarische Verfahren, das nach der Auffassung der Ausleger noch schlimmer erscheint, da sie annehmen, dass die Kippah eine entsetzliche Todesart bedeutet, erklärt sich aus dem Texte ausdrücklich dahin, dass es sich überhaupt nicht

Es ist eine bedingte Freiheitsstrafe; wenn der Verbrecher sich bessert, so wird er in Freiheit gesetzt, nicht eher, aber dann unbedingt. Schon aus der im letzten Absatze des vorigen Paragraphen erörterten Bestimmung scheint hervorzugehen, dass zeitlich genau abgemessene Freiheitsstrafen nicht im Wesen der talmudischen Kriminalpolitik lagen. Man glaubte wohl, dass die Strafe ihre moralisirende Wirkung verlieren müsse, wenn der Gefangene in jedem Falle oder auch überhaupt nicht ein Ende seiner Gefangenschaft garantirt erhielte. So musste denn auch in dem Falle, wo es sich nicht sowohl um eine moralische Besserung, als um eine faktische Züchtigung handelt, — wie bei dem fahrlässigen Mörder, — die Strafgrenze unbestimmt gesetzt werden, denn bei diesen Gefangenen konnte nicht gut das Verschwinden des Triebes zur Fahrlässigkeit konstatirt werden, wie bei dem vorsätzlichen Mörder das Schwinden des Blutdurstes. — Die Kippah nähert sich in ihrer Anlage somit schon sehr modernen Anschauungen und war sicher die gewöhnliche Strafe für den Mord, wie späterhin aus einander gesetzt werden soll[45], [46]).

Es ist vorgeschrieben, dass die Nahrung im Gefängniss aus Brot und Wasser bestehen soll; dagegen ist es nicht richtig, wenn behauptet wird, dass die Gefangenen mit Gerstenkörnern gestopft wurden und man dann durch Nachschütten von Wasser diese zum Aufquellen und den Leib des Gefangenen zum „Platzen“ gebracht habe, wie dies bereits als Missverstehen des talmudischen Textes nachgewiesen ist.

---

um Menschen handelt, sondern um — Ochsen. Man soll, wenn sich ein stössiger Ochs unter mehrere Ochsen gemischt hat, so dass man ihn nicht herauserkennen kann, alle diese Thiere in Gewahrsam nehmen.

45) S. dritter Abschnitt.

46) Im Sinne des Textes Maimonides und Migdoloz.

§ 26.

VI. Die Vermögensstrafe.

Eine eigentliche Vermögensstrafe in unserem Sinne, d. h. eine Entrichtung von Geld oder Geldeswerth an das Gemeinwesen, das diese Errichtung fordert, um dem zu strafenden Geber ein Uebel zuzufügen, giebt es nach dem Talmud nicht. Höchstens fällt die religiöse Einrichtung der Schuldopfer unter diesen Begriff. Doch tritt hier wohl hauptsächlich die Idee des Rechtes des Verbrechers auf Strafe in den Vordergrund; er fühlte das Bedürfniss, resp. ihm war das Bedürfniss eingeimpft worden, durch die freiwillige Gabe eines Vermögensstückes sich moralisch zu rechtfertigen.

Wo sonst von Delinquenten nach talmudischem Rechte Vermögenstheile dargebracht werden, wird das Gegebene an den Geschädigten abgeführt. — Es ist das mehr als realer Schadensersatz, aber auch das mehrfache Ersetzen der gestohlenen Sache, das Schmerzensgeld oder das Schamgeld ist mehr oder minder übertragen als Entschädigung für vielleicht imaginäre, dem Gegner zugefügte! Nachtheile zu fassen. Trotz des kriminellen Beigeschmacks gehören demnach diese Begriffe in das Civilrecht.

Auch eine Konfiskation kennt das talmundische Recht nicht; später nahm wohl der König das Recht für sich in Anspruch, die Güter der nach königlichem Recht Hingerichteten dem Krongute einzuverleiben.

Die Unbrauchbarmachung und Vernichtung dagegen kennt das talmudische, wie schon das mosaische Recht: Was dem Götzenkulte dient, soll vernichtet werden.

§ 27.

VII. Der Bann.

Der Bann ist von den Rabbinen zu dem wirksamsten Mittel zur Aufrechterhaltung der Autorität ihrer Worte aus-

gebildet worden. Das Wort Cherem bedeutet ursprünglich eine Aussonderung; es konnten damit Dinge, wie Personen oder Oertlichkeiten belegt werden; es konnte darunter die capitis deminutio wie die extra commercium-Erklärung verstanden werden. — Dann kam auch der Begriff des Verrufes hinzu, d. h. der oder das Betroffene wurde nur einem bestimmten Kreise gegenüber aus dem gewöhnlichen Verkehre abgesondert.

Es gab drei Arten des Bannes; die mildeste verhängte über die betroffenen Personen eine Art Hausarrest; die zweite Art verbot ihm das Schneiden von Haar und Bart, die Fussbekleidung etc.; der grosse Bann endlich schloss den davon Betroffenen gänzlich aus der Gemeinschaft aus. — Diese letztere Art des Bannes kann mehr als eine Regressivmassregel gelten. — Hervorragende Gelehrte legten ihn bisweilen von vornherein auf von ihnen statuirte Vorschriften für deren Uebertreter; so hat es sich denn als ein Rest talmudischer Strafmacht bis zum heutigen Tage, in manchen östlichen Gegenden zumal, bei gelehrten Rabbinern erhalten, denn der Bann konnte formlos von Jedem ausgesprochen werden; je nach der Bedeutung des ihn schleudernden Mannes richtete sich naturgemäss seine Wirkung und Beobachtung durch das Publikum. — Von Staatswegen ausgesprochen, war er wohl stets in Verbindung mit anderen Strafen verhängt, die ihn eigentlich illusorisch machten, so dass ein näheres Eingehen auf diese Materie im Rahmen dieser Arbeit nicht angemessen erscheint [47]).

---

[47]) [Eine genauere Entwicklung fand das Institut des Bannes חרם in der amoräischen Periode; vgl. jetzt auch Mandl, Der Bann; ein Beitrag zum mosaisch-rabbinischen Strafrecht S. 34 f. Hiernach sollte der Bann nur vom Gerichtscollegium ausgehen und in bestimmten 24 Fällen ausgesprochen werden, ib. Vgl. hier auch über den Unterschied der babylonischen und jerusalemischen Auffassung S. 26 f. Kohler.]

Dritter Abschnitt.

Die Unanwendbarkeit der Todesstrafe [48]).

I. Praktische Bedeutung.

§ 28.

Die Darlegung des talmudischen Strafensystems, wie sie im zweiten Abschnitte dieser Abhandlung gegeben ist, kann insofern kein richtiges Bild der talmudischen Strafe geben, als der Todesstrafe darin ein viel grösserer Raum zugestanden ist und zugestanden werden musste, als sie in der Praxis im Verhältniss zu den übrigen Strafen eingenommen hat. Es ist jedoch bereits darauf hingewiesen, dass in Wirklichkeit das talmudische Recht den Weg zur Abschaffung der Todesstrafe nicht nur offen hielt, sondern direkt anzeigte. — Prüft man das talmudische Strafrecht in Verbindung mit seinem Strafprocess durch Anwendung auf praktische Fälle, so wird sich zeigen, dass in der Hauptsache Freiheitsstrafen angewendet werden mussten. — Gleichzeitig wird man aber auch wohl sagen müssen, dass auf die Dauer keinem Volke und keiner Justiz ein Strafrecht genügen konnte, das, ganz und gar auf Theorie beruhend, der Praxis immer nur mittels seiner subsidiären Bestimmungen genügen konnte. In der That hat sich denn auch neben der Eigenart des talmudischen Strafrechtes ein anderes Strafrecht, das königliche, entwickelt, welches, nicht an ein religiös sanktionirtes Gesetz gebunden, der Entwickelung und dem Bedürfnisse Rechnung tragen konnte.

§ 29.

II. Allgemeines.

Unanwendbar wird die Todesstrafe einmal durch die Rigorosität des Beweises im peinlichen Rechtsverfahren, die

[48]) Dieser Abschnitt behandelt im Gegensatz zu dem ersten und zweiten kein abgeschlossenes Thema und erhebt nicht den Anspruch, durchweg systematisch gegliedert zu sein.

für Fällung eines Todesurtheils gefordert wurde, — also aus processualen Gründen —, ferner aber auch aus materiell-rechtlichen Gründen in vielen Fällen.

Unter die processualen Erfordernisse behufs Fällung eines Todesurtheils gehören ausser den Bestimmungen über den Beweis auch diejenigen über die Zusammensetzung des Gerichtshofes etc.

Materiell-rechtlich dagegen sind diejenigen Aufhebungsgründe der Todesstrafe, die sie selbst bei gelungenem Beweise inhibiren, aus Gründen, die im Wesen der talmudischen Auffassung von der Strafe überhaupt liegen. — Ebenso sind materiell-rechtlicher Natur auch solche rein faktische Motive, die eine wirkliche Fällung des Todesurtheils durch positive Gesetzesbestimmungen hindern, welche die Verantwortlichkeit für das Urtheil auf die Zeugen abladen und ins Immense erhöhen.

§ 30.

III. Processuale Erschwerungen.

Die Gründe processualer Natur, welche die Vollstreckung der Todesstrafe erschweren, gehören nicht unter dieses Thema. Doch sei kurz auf die Hauptpunkte hingewiesen[49]).

a) Der Gerichtshof[50]).

Der peinliche Gerichtshof besteht aus 23 Mitgliedern. Zur Verurtheilung ist eine Majorität mit mehr als einer Stimme nöthig, also müssen mindestens 13 für „schuldig“ stimmen. Ist das Resultat Stimmeneinheit für „schuldig“,

---

[49]) Weil dieses ganze Kapitel aus dem eigentlichen Gebiete abschweift, enthalte ich mich hier im Wesentlichen der Motivirung. Für die Einzelheiten s. Fürst, Das peinliche Rechtsverfahren im jüdischen Alterthum, Heidelberg 1870. — Hier ist auch eine Nachprüfung der Citate etc. theilweise nicht vorgenommen.

[50]) Talm. Sanh. 2—18 in der Hauptsache.

so wird der Angeklagte freigesprochen[51])! Sind bloss 12 Stimmen für die Verurtheilung, so kooptirt der Gerichtshof zwei Mitglieder, bis sich die erforderliche Majorität für „schuldig“, oder die absolute für „nichtschuldig“ ergiebt. Ist auch bei 71 Richtern dies Resultat nicht erzielt, so wird der Angeklagte freigesprochen.

Die Abstimmung[52]) erfolgt derart, dass, vom jüngsten Mitgliede des Gerichtes angefangen, Jeder sein Votum mit Begründung abgab, und zwar mussten von Jedem neue Motive ausgesprochen werden, sollte seine Stimme besonders gerechnet werden.

Die Zusammensetzung des Gerichtshofes geschah nur aus Rechtsgelehrten, bei denen einmal jeder Anschein von Parteilichkeit nicht in Betracht kam, und von denen man auch forderte, dass sie nicht nur geistig ganz zurechnungsfähig, sondern auch mit normalem Gefühlsleben ausgestattet waren. So durften nicht durch Krankheit verbitterte oder kinderlose Leute im peinlichen Gericht sitzen.

§ 31.

b) Der Beweis[53]).

Es gab im peinlichen Rechtsverfahren nur einen gültigen Beweis — den durch Zeugen — und zwar durch Augenzeugen der That. — Insbesondere war ein Geständniss des Angeklagten oder auch eines Nichtangeklagten von keiner rechtlichen Bedeutung[54]).

---

[51]) Bei der Eigenart dieser Bestimmung ist es doch angebracht, die Motivirung der Gemarah, Sanh. 11a anzudeuten: Ein Todesurtheil soll erst einen Tag später verkündet werden, um noch Zeit zur Ueberlegung zu gewinnen. — Hier aber sieht man klar, dass Niemand geneigt ist, in dieser Richtung sich zu bemühen; es muss ein Vorurtheil angenommen werden.

[52]) Sanh. 34 ff.

[53]) Sanh. 37 ff.

[54]) Doch ermahnt man nach erfolgter Verurtheilung den Thäter zum reuigen Bekenntniss.

Die Zeugenaussage musste persönlich und mündlich vor dem Gerichte erfolgen. Vor der Aussage wurden den Zeugen Ermahnungen ertheilt, nach keiner Seite falsch zu berichten, zu färben oder etwas zu verschweigen; ihnen wurde bedeutet, dass es keine Zurücknahme der einmal gemachten Aussage gäbe, und ihnen wurde noch einmal eingeschärft, dass sie lediglich über den Augenschein zu berichten hätten. — Ihr Verhör ist bis in die Einzelheiten geregelt und sehr eingehend. — Schon wenn einer der Zeugen — deren Mindestzahl zwei war — sich in der Stunde der That nicht präcis auszudrücken vermochte, war das gesammte Zeugniss aller Zeugen ungültig und es konnte der Angeklagte daraufhin nicht verurtheilt werden [55]).

Die Zulassung zur Zeugenschaft setzte Unbescholtenheit [56]), Zurechnungsfähigkeit und Unbefangenheit voraus. Insbesondere waren Verwandte und Sklaven nicht nur von der Zeugenaussage befreit, sondern wurden gar nicht als Zeugen zugelassen.

§ 32.

c) Die Revision [57]).

Eine Revision konnte zwar jeder Zeit eingelegt werden, doch blieb einem zum Tode Verurtheilten eben nicht allzu viel Zeit hierzu, da er unmittelbar vom Gerichtshofe aus zur Richtstätte geleitet wurde.

Die Revision konnte durch Jedermann veranlasst werden. Ebenso wie zu Gunsten des Angeklagten ein Jeder das

---

[55]) Es gilt das Princip: Nur dann ist ein Zeugniss gültig, wenn sämmtlichen Zeugen ihr Alibi nachgewiesen werden kann. Hier aber, da der Zeuge nicht eine bestimmte Stunde der That angeben kann, kann ihm auch nicht nachgewiesen werden, dass er zur betreffenden Stunde an anderem Orte gewesen sei. Hierüber vgl. § 33.

[56]) Doch machte die Verbüssung einer Strafe wieder vollkommen zeugnissfähig und überhaupt gleichberechtigt.

[57]) Sanh. 42b ff.

Recht hatte, in die Verhandlung einzugreifen, konnte auch nach gefälltem Urtheile ein Jeder, der etwas zu Gunsten des Verurtheilten sagen wollte, eine erneute Verhandlung veranlassen. Das konnte auch jedes Mitglied des Gerichtes und der Verurtheilte selbst. — Der Gerichtshof blieb nach der Abführung des Verurtheilten darum permanent am Sitzungsorte versammelt. An der Thüre hielt ein reitender Bote, und bis zur Richtstätte war durch solche Boten ein Stafettendienst eingerichtet, der es dem Gerichtshof ermöglichte, der Exekution erforderlichen Falles schnell Einhalt zu gebieten. — Vor dem Verurtheilten schritt ein Herold einher, der das Verbrechen des Delinquenten verkündete; neben ihm schritten zwei Rechtsgelehrte. Glaubte der Verurtheilte, noch etwas zu seiner Rechtfertigung anführen zu können, so kehrte man zurück und verhandelte aufs Neue. Ergab sich, dass das Vorgebrachte irgendwie bedeutend war, so konnte sich diese Erneuerung ad infinitum wiederholen. Hatte aber zweimal der Verbrecher so das Verfahren erneuert, ohne irgend beachtenswerthe Dinge vorzubringen, so mussten beim dritten Mal erst die beiden begleitenden Sachverständigen ihr Gutachten abgeben, ob man zurückkehren solle. Die ersten beiden Male liess man die Revision stets zu, da man dem Delinquenten in Folge seiner Todesangst einige Unklarheit und Verwirrung zu Gute halten musste [58]).

§ 33.

IV. Materiell-rechtliche Erschwerungen.

a) Vermeidung falscher Zeugen.

Die im vorigen Paragraphen aufgeführten Bestimmungen haben den Zweck, das Gerichtsverfahren gegen äussere Ein-

[58]) An der citirten Stelle wird erzählt, dass den zur Steinigung Geführten Myrrhenwein gereicht sei, um sie zu betäuben. Man sollte meinen, dass diese menschenfreundliche Sitte aber auch auf diese geschilderte Möglichkeit der Revision durch den Verbrecher selbst, wie für eine eventuell erneuerte Vernehmung recht unvortheilhaft wirken musste.

flüsse, gegen den Affekt, gegen Irrthum und Uebereilung zu schützen. — Das scharfe Inquisitorium diente gleichzeitig auch dazu, falsche Zeugen zu entlarven. — Noch grössere Sicherheit bot gegen dies gefährlichste aller irrleitenden Motive das Gesetz durch seine äusserst rigorosen Bestimmungen gegen die falschen Zeugen. — Gegen diese gilt das brüske Talionsprincip und zwar derart, dass auch der Versuch gleich bestraft wurde. Wer durch sein Zeugniss einen Menschen tödten wollte, stirbt. Seltsamer Weise ist sogar der Zeugenbeweis gegen diese des falschen Zeugnisses Angeklagten erleichtert. — Da die Zeugen selbst die durch sie veranlasste Exekution zu vollziehen hatten, gehörte eine mehr als normale Verworfenheit und Kaltblütigkeit dazu, die Konsequenz des falschen Zeugnisses auf sich zu nehmen.

§ 34.

b) Verwarnung[59]).

Fast unerfüllbar werden nun aber schon die Bedingungen, unter denen die Verhängung der Todesstrafe gesetzt wird, wenn wir den Begriff des „schuldhaften“ Handelns im Sinne des Talmud ins Auge fassen. — Nicht das Verbrechen an sich ist todeswürdig, sondern erst das Begehen in dem Bewusstsein, damit die Ordnung des Gesetzes umzustossen. Erst dann setzt der Verbrecher sich selbst aus der menschlichen Gemeinschaft aus und hatte der Staat das Recht, ihn zu vernichten. Der Verbrecher muss gewissermassen mit dem todeswürdigen Verbrechen schon bewusst einen Selbstmord begehen. — Die Zeugen hatten, wenn es sich nicht um einen Gesetzeskundigen handelte, zu bekunden, dass er vor Begehung verwarnt sei und dass er ausdrücklich mit Worten diese Verwarnung acceptirt hätte. Noch mehr, damit es zur Evidenz klar sei, dass der Thäter im Augenblick der That sich

[59]) Sanh. 40 ff.

seines gesetzeswidrigen Thuns, der Verwarnung wie der Anwesenheit der Zeugen bewusst sei, wird verlangt, dass er die That begeht, während er noch die Worte ausspricht, in denen er zu erkennen giebt, dass er die Verwarnung gehört habe, sich aber nichts aus ihr mache.

Zusammenfassend ist also zu sagen: Ein Mörder ist nur dann mit dem Tode zu bestrafen, wenn er in Gegenwart zweier Zeugen gehandelt hat, diese ihn verwarnt, ihm die Strafe vorgestellt haben und er ihnen erwidert hat: „Ich habe Euch verstanden, morde aber doch!" und während dieser Worte getödtet hat. — Der Gerichtshof aber, der ihn verurtheilt, darf trotz alledem nicht einstimmig in seiner Verurtheilung sein[60].

Aber auch wer auf solch wahrhaft raffinirte Weise das Gericht in die scheinbare Nothwendigkeit versetzte, ihn zu Tode zu verurtheilen, war seines Erfolges nicht sicher, die Rabbinen verlangen den strikten Nachweis, dass der Tod in Folge der zugefügten Verletzung eingetreten sei, ja, dass zur Zeit des Mordes der Gemordete nicht etwa mit einer tödtlichen Krankheit belastet gewesen sei. — Das aber lässt sich nur auf dem Wege der Sektion feststellen, — was freilich auch noch bestritten wird —, die Sektion aber ist verboten[61]. So gelangen denn auch angesehene Talmudisten zu dem Satze, dass man überhaupt keinen Menschen hinrichten könne. Und das ist denn auch das thatsächliche Ergebniss der Betrachtung der talmudischen Todesstrafe.

---

60) S. § 30.

61) Sanh. 152b. Makk. 7a.

Literarische Anzeigen.

Holtze, Dr. Friedr., Strafrechtspflege unter König Friedrich Wilhelm I. (Beiträge zur Brandenburg-Preussischen Rechtsgeschichte, III.) Berlin 1894.

In fesselnder Darstellung wird der Uebergang von der feudalen Patrimonialgerichtsbarkeit zur staatlichen Strafgerichtsbarkeit in Brandenburg-Preussen und die Ausübung der letzteren durch das absolute Königthum dargestellt. Bei aller Anerkennung der hohen geschichtlichen Mission, welche da eine väterlich denkende Regierung erfüllt hat, ist der Verfasser doch auch nicht blind gegen die Mängel, welche in höchst unerquicklichen Vorkommnissen bei der Handhabung der Strafrechtspflege durch diese Regierung zu Tage traten. Um so unbegreiflicher erscheinen wiederholte Ausfälle gegen die Arbeit des Aufklärungszeitalters, dem wir, und nicht am mindesten durch das kraftvolle Mitwirken eines grossen preussischen Monarchen, so manche dauernde Errungenschaft verdanken. **Zürcher.**

Hiller, Dr. Karl, Die Disciplinarstrafen in den österreichischen Strafanstalten und Gerichtsgefängnissen. — Eine rechtsvergleichende Darstellung. Leipzig u. Wien 1894. 174 S.

Diese treffliche Darstellung des österreichischen Gefängnissdisciplinarrechtes mit vergleichender Herbeiziehung der Vorschriften anderer Staaten, insbesondere Deutschlands und Italiens, arbeitet zunächst auf einen praktischen gesetzgeberischen Zweck hin. Dem entsprechend ist ein besonderer Abschnitt den „Forderungen der

Praxis“ und dem „Entwurf eines österreichischen Strafvollzugsgesetzes von 1891“ gewidmet. Aber auch das theoretische Moment ist nicht vernachlässigt; die Erörterungen über Disciplin und Disciplinarstrafe in ihren Beziehungen zum Strafvollzug und zum Strafrecht überhaupt eröffnen den Ausblick auf ein bisher wenig bebautes Gebiet, das schon um seiner zahlreichen Analogien und Berührungspunkten mit der Strafrechtstheorie willen ein hohes Interesse bietet. Eine Reihe von Einzelfragen, wie die Vollstreckung von Disciplinarstrafen nach Ablauf der Strafzeit, die Concurrenz von Verbrechensthatbeständen mit Disciplinarfehlern u. s. w. sind in ebenso gedrängter und knapper als auch klarer Weise behandelt. **Zürcher.**

Heinemann, Hugo, Die Lehre von der Idealconcurrenz. Berlin (Otto Liebmann) 1893. 140 S.

Die vorliegende Schrift, welche ziemlich gleichzeitig mit Wachenfelds Theorie der Verbrechensconcurrenz erschien, gibt zunächst eine Darstellung der Entwickelung dieser schwierigen strafrechtlichen Lehre in der Geschichte der Gesetzgebung und der Theorie. Dogmatisch baut er auf auf den Arbeiten von Hiller und von Liszt, die in das Wirrsal der Lehre durch die scharfe Scheidung der beiden Fragen der Handlungseinheit und Handlungsmehrheit und der wirklichen oder scheinbaren Gesetzesconcurrenz lichtvolle Ordnung gebracht hatten. Der Verfasser schliesst mit einem gesetzgeberischen Vorschlage, der zwar den Grundsatz: eine Handlung, ein Verbrechen, ein Strafgesetz für die Beurtheilung und das Strafmaass festhält, aber die Beifügung solcher Nebenstrafen zulässig erklärt, welche in den gleichzeitig verletzten Strafgesetzen als Nebenstrafen angedroht sind. Das ist ein criminalpolitisch wie dogmatisch richtiger Gedanke, aber auch ein Beweis, dass wir nach Ueberwindung der dogmatischen Ungeheuerlichkeiten der Lehre von der Idealconcurrenz daran gehen müssen, den Kern von Wahrheit, der in ihr lag, neu zu fassen. **Zürcher.**

Stein, Dr. Friedr., Das private Wissen des Richters. Leipzig 1893. 194 S.

Quod non est in actis, non est in mundo. Dieser alte, nach Stein durchaus festzuhaltende Grundsatz des Civilprocessrechtes

scheint mit dem modernen Grundsatze der freien Beweiswürdigung im Widerspruch zu liegen. Der Verfasser findet die Lösung, indem er scheidet zwischen den „individuellen Thatsachen“, die den eigentlichen Processstoff bilden, und den allgemeinen Erfahrungsthatsachen, die zur Beurtheilung und Würdigung der ersteren herbeigezogen werden müssen. Während er nun für die individuellen Thatsachen die ganze Strenge des alten Grundsatzes fordert, die ausserordentlich seltenen Fälle der Gerichtsnotorietät vorbehalten, vindicirt er für die Erfahrungsthatsachen die volle Freiheit des Richters, sein privates Wissen zur Anwendung zu bringen. Daraus ergibt sich auch eine klare Lösung der Frage, inwieweit der Richter zur Beiziehung von Sachverständigen verpflichtet werden könne. Die ganze Schrift ist eine der feinsten und geistvollsten Unternehmungen, welche die deutsche Civilprocessliteratur aufzuweisen hat. **Zürcher.**

Kohler, J., Leitfaden des deutschen Concursrechts. Für Studirende. Mit zwei Beigaben: Ueber den Concurs der offenen Handelsgesellschaft und über die Beschwerde im Concurs. Stuttgart, Enke, 1893. 211 S.

Seinem klassischen Lehrbuche des Concursrechtes lässt der Verfasser hier einen Leitfaden für Studirende folgen. Das Ziel, das er sich nach dem Vorwort gesteckt, „durch Hervorhebung des Wichtigsten und durch Anschaulichkeit der Darstellung den strebsamen Juristen so in die schwierige Materie einzuführen, dass er auf der einen Seite von der Bedeutung der wissenschaftlichen Construction bewegt wird, auf der anderen Seite sich mitten in die Fülle des Lebens mit seinen unendlich vielen Rechtsaufgaben versetzt fühlt“, ist in vollem Maasse erreicht. Lehrer und Schüler werden dem Verfasser in gleicher Weise dankbar sein für den knappen, festen Rahmen, den er ihren Vorträgen und Studien damit geliefert. Allerdings sind dem Streben nach Kürze und Uebersichtlichkeit die schönen geschichtlichen und rechtsvergleichenden Ausführungen des „Lehrbuchs“ und dessen reichhaltige Literaturnachweise zum Opfer gefallen, und wir wünschen daher sehr, dass vorab die studirende Jugend den „Leitfaden“ für nichts anderes ansehe, als eine rasch orientirende Einleitung in das Studium jenes grösser angelegten und doch bei aller Fülle des Stoffes so compendiösen Werkes. **Zürcher.**

Kohler, J., Beiträge zur Geschichte des römischen Rechts in Deutschland. In Verbindung mit anderen Gelehrten bearbeitet. I. Heft: Das römische Recht am Niederrhein. Stuttgart, F. Enke, 1896.

Das vorliegende erste Heft enthält elf Gutachten von Kölner Rechtsgelehrten aus dem 14. und 15. Jahrhundert, herausgegeben von J. Kohler und E. Liesegang. Den Urkunden, deren Text die beiden Herausgeber gemeinschaftlich festgestellt haben, gehen regelmässig eine „historische Einleitung“ von Liesegang und eine „juristische Vorbemerkung“ von Kohler voraus. Kohler referirt überdies in einer Einleitung (S. 1—7) über die einzelnen bei den Gutachten betheiligten Rechtsgelehrten und beleuchtet in zwei Excursen (S. 135—144) die Behandlung verschiedener Rechtsfragen in den Gutachten.

Die vorliegende Publication hat überraschende und werthvolle Resultate zu Tage gefördert. Den grössten Gewinn zieht aus ihr die Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland. Die Gutachten zeigen uns die Juristen der jungen Kölner Rechtsschule (sie existirt seit 1389) an der Arbeit; fleissig, gründlich gebildet, in den Quellen des römischen und des canonischen Rechts belesen, mit Bartolus und Baldus, mit Innocentius und Johannes Andreae, mit anderen Legisten und Kanonisten vertraut, wenden sie das römische Recht auf die deutschen Verhältnisse an und legen es ihren Gutachten zu Grunde.

Die Gutachten selbst betreffen meist Streitigkeiten über Existenz und Umfang von Privilegien, welche die Stadt Wesel gegenüber ihren Landesherren, den Grafen von Cleve, zu haben behauptet. Die Juristen stellen sich auf die Seite der Stadt. Die Gleichartigkeit der Fälle bringt manche Wiederholungen in den juristischen Erörterungen mit sich, im Uebrigen unterscheiden sich die einzelnen Gutachten, wie sie auch von verschiedenen Autoren herrühren, nach Umfang und Werth; während die meisten mit Citaten, oft mit sehr überflüssigen, durchsetzt sind, verzichtet z. B. das Gutachten IX ganz auf gelehrtes Beiwerk. — Die zur Entscheidung gelangenden Fälle gewähren allerlei Material zu verschiedenen Capiteln der deutschen Rechtsgeschichte: Steuerverhältnisse, Bedepflicht, Prinzessinnensteuer, Zölle, städtische Verwaltung und Ge-

richtsbarkeit etc. Die juristischen Erörterungen betreffen meistens die Lehre vom Privileg: Natur, Entstehung, Arten, Untergang Auslegung etc.; eine Uebersicht über die hierher gehörenden Ausführungen gibt Kohler in Excurs I. Auch für Geschichte anderer Lehren fällt Einiges ab; das Wichtigste ist in Excurs II zusammengestellt: Lehre von der juristischen Person (insbesondere Delictsfähigkeit), in fraudem legis agere, Gerichtsstand (Begündung des forum delicti commissi S. 68), judex inhabilis, Arrest, dominium directum und utile (S. 62 ff.), Rechtsstellung des Erben (S. 127, v. heres seu successor universalis repraesentat porsonam defuncti, quia heres et defunctus una persona in jure intelleguntur) etc.

Der Publication sind mehrere sorgfältige Register beigegeben (Sachregister, zwei Quellenregister, Autorenregister); in den Anmerkungen sind die in den Gutachten angezogenen Quellenstellen genau citirt und im Wortlaut wiedergegeben. Die Herausgeber haben sich einer mühevollen Arbeit unterzogen, aber gewiss keiner undankbaren. Wir sehen der Fortsetzung der Publication — was die folgenden Hefte bringen sollen, ist noch nicht gesagt — mit Spannung entgegen.

Zürich, 15. V. 96.

H. F. Hitzig.

Bremer, F. P., Jurisprudentiae antehadrianae quae supersunt edidit. Bd. I. Leipzig, B. G. Teubner, 1896.

Das Buch bildet einen Bestandtheil der bekannten Teubner'schen bibliotheca scriptorum Graecorum et Romanorum. Der vorliegende erste Band enthält die republikanischen Juristen („liberae rei publicae juris consulti"); sie sind in chronologischer Reihenfolge aufgeführt; berücksichtigt ist, wer auf den Namen juris consultus irgendwie Anspruch erheben kann (z. B. auch Cicero) und auch, wer nur dem Namen nach bekannt ist. Den breitesten Raum beanspruchen selbstverständlich Q. Mucius Scaevola, Servius Sulpicius Rufus, P. Alfenus Varus und C. Trebatius Testa.

Die reliquiae der einzelnen Juristen sind, soweit dies möglich ist, nach Materien geordnet, den einzelnen Fragmenten ist die Ordnungsnummer der Lenel'schen Palingenesie, sofern sie in dieser Platz gefunden haben, beigefügt. Der Wiedergabe der Schriften

lässt B. jeweilen kurze, aber bei aller Kürze inhaltsreiche, orientirende Bemerkungen vorausgehen; er referirt über: Leben des Juristen, cursus honorum, Thätigkeit als Respondent, Schriftsteller, Lehrer; Bedeutung; Verhältniss zu Vorgängern und Zeitgenossen, Erwähnung bei Nachfolgern, alles unter Berücksichtigung der einschlägigen Litteratur, auch der neuesten. Besonders willkommen sind diese Ausführungen da, wo es sich um Juristen handelt, die in Jörs' römischer Rechtswissenschaft noch nicht besprochen sind. Vertreter der Culturgeschichte und der vergleichenden Rechtsgeschichte seien besonders darauf hingewiesen, dass B. bei mehreren Juristen auch die wichtigeren und bemerkenswerthen Gegenstände (res notabiles) und Rechtsgeschäfte registrirt, die bei dem Juristen erwähnt sind, also zu seiner Zeit bekannt gewesen sein und im Rechtsverkehr eine Rolle gespielt haben müssen. So wird man z. B. orientirt über Hausgeräth, Lebensmittel, Kleidung, bauliche Anlagen, Landwirthschaft, Verwendung von Sklaven u. s. w. und die auf solche Objekte sich beziehenden Rechtsgeschäfte; aus den Schriften des Juristen wird so ein Zeitbild en miniature construirt, man vergleiche etwa pg. 51, 146, 282, 384.

Prolegomena zum ganzen Werke sollen erst mit dem zweiten Band ausgegeben werden. Der Text B.'s ist lateinisch geschrieben; dass dabei gelegentlich auch bei der Correctur noch ein Versehen nicht entdeckt wurde (störend z. B. pg. 51 Z. 7), wird niemand dem Verfasser zum Vorwurf machen. Dagegen liesse sich vielleicht dafür sorgen, dass sich im Druck der Text des römischen Juristen deutlicher von den Citaten und den Zusatzbemerkungen des Herausgebers abhöbe.

Zürich, 22. November 1896.

H. F. Hitzig.

Westrum, A., Rechtsanwalt am Königl. Oberlandesgericht Celle. Das Märchen von den dinglichen Kirchenlasten. Eine kirchenrechtliche Studie aus dem Gebiete des Hannoverschen Provinzialrechts. Celle, Capaun-Karlowa'sche Buchhandlung (E. Spangenberg) 1895. 31 S.

Mit der Lebhaftigkeit des Advokaten wendet sich der Verfasser gegen die Neigung der hannoverschen Gedichte, den Kirchenlasten

unter Berufung auf ein angebliches Gewohnheitsrecht dinglichen Charakter zuzusprechen und dadurch Leute, die nicht zur Parochie gehören (z. B. Andersgläubige) zu finanziellen Leistungen für einen ihnen fremden Kultus heranzuziehen. Des Verfassers Vorwurf; die von ihm behandelte Frage sei in der Wissenschaft nicht erörtert worden, ist nur zum Theile begründet; es mag genügen, auf die Litteraturangaben in v. Stengel's Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts Artikel „Kirchenbaulast“ (Hübler) zu verweisen.

F. Fleiner.

Duguit, Léon et **Monnier**, Henry. Les Constitutions et les principales lois politiques de la Francc, depuis 1789, collationnées sur les textes officiels, précédées de notices historiques, et suivies d'une table analytique détaillée (VIII; CLXXI; 350; 67 pp.). Paris, F. Pichon, 1898. 6 Fr.

Seit an den juristischen Fakultäten Frankreichs eine eigene Vorlesung über Verfassungsrecht eingeführt ist, war eine gut angelegte Sammlung der Materialien, welche der Studirende zur Hand haben sollte, ein Bedürfniss geworden. Das vorliegende Buch, das zwei Professoren der juristischen Fakultät von Bordeaux ausgearbeitet haben, dient diesem Zwecke in so trefflicher Weise, dass es überhaupt jedem, der sich mit dem Staatsrecht oder der Geschichte Frankreichs befasst, ein äusserst nützliches Hülfsmittel sein wird.

Den Hauptbestandtheil des Buches macht der Abdruck der zahlreichen Verfassungen, die sich Frankreich während eines Jahrhunderts gegeben hat, und ihrer Zubehörden (Wahlgesetze u. dgl. m.) aus. Die Texte sind genau revidirt; auch in der Auswahl derselben und in den zahlreichen Anmerkungen — wenn sie schon fast nichts als Verweisungen enthalten — zeigt sich, mit wie viel Sachkenntniss, Umsicht und Sorgfalt die Verfasser zu Werke gegangen sind. Manchmal hätten wir gerne noch ein Mehreres gehabt, das unseres Erachtens auch zum „Droit constitutionnel“ gehört, aber zu einem solchen Umfange, wie das von F. A. Hélie im Jahre 1875 veröffentlichte Werk „Les Constitutions de la France“, durfte man ein zum akademischen Hülfsmittel bestimmtes Buch nicht anschwellen

lassen. Ungern haben wir auch manchmal die Eingangs- und Schlussworte der Erlasse vermisst. Da fehlt im Eingang der Charte von 1814 die Formel „Louis, par la grâce de Dieu, roi de France et de Navare“, und am Schlusse ist die für die Auferstehung eines Herrschergeschlechtes aus dem Grabe ebenso bezeichnende Unterschrift „Donné à Paris, l'an de grâce 1814, et de notre règne le dix-neuvième“ gestrichen. Aber einer so tüchtigen und willkommenen Leistung gegenüber wagt man weitergehende Wünsche kaum zu äussern.

Vorausgeschickt ist eine geschichtliche Einleitung, auf deren 171 Seiten ungemein viel Arbeit zusammengedrängt ist. Wer im Einzelnen prüft, überzeugt sich, dass kaum etwas unerforscht geblieben ist, aber die Verfasser haben, in lobenswerther Selbstbeschränkung, darauf verzichtet, das von ihnen Gesammelte in freier Weise auszunützen. Sie wollten nur ein nützliches, nicht ein litterarisch bedeutsames Buch herausgeben. Der Zweck erheischte möglichste Vollständigkeit und unbedingte Zuverlässigkeit des Mitgetheilten, aber knappeste Darstellung. Die letztere ist infolgedessen etwas trocken ausgefallen, sie liest sich beinahe wie eine Relation aus Prozessacten. Die Befeuchtung mit Geist wird eben vom Katheder ausgehen müssen.

Der Schluss des Buches bildet ein einlässliches Sachregister, durch das die in den Ausgaben französischer Codes üblichen Artikelverweisungen in sehr zweckmässiger Weise ersetzt sind.

G. Vogt.

Staub, Dr. Herm. Kommentar zum Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht). 6. Auflage, enthaltend das neue Handelsgesetzbuch (vom 10. Mai 1897). 1. Lieferung. Berlin 1899. J. J. Heine's Verlag. 160 S. 8.

Der in Bd. XI S. 300 dieser Zeitschrift in erster Auflage angezeigte Kommentar hat sich eines ganz ungewöhnlichen Erfolges bei Theoretikern und Praktikern zu erfreuen gehabt: in 6 Jahren sind 6 Auflagen nothwendig geworden! Und dieser Erfolg ist reich verdient. All die Vorzüge, die der ersten Auflage auch von uns nachgerühmt worden sind, die Selbstständigkeit des Urtheils, die Uebersichtlichkeit der Anordnung, die lichtvolle Klarheit der Aus-

führungen und jene Kürze der Darstellung, die der Gründlichkeit keinen Abbruch thut, sie alle kehren auch in dieser neuen Auflage wieder. In der vorliegenden 1. Lieferung reicht der Kommentar nur bis zu § 29. Vorangeschickt ist eine sehr werthvolle „Allgemeine Einleitung“ (S. 1—38), in welcher in 5 Abschnitten die Entstehungsgeschichte des neuen Handelsgesetzbuchs, seine Gestalt, sein Anwendungsgebiet, die Rechtsquellen des Handelsrechts, sowie Fragen des Beweisrechts nebst der Stellung des Weibes im Handelsrecht zur Darstellung gelangen. Bezüglich der grossen Streitfrage nach Anerkennung des Gewohnheitsrechts verficht Staub S. 6 ff. die Ansicht, dass Reichsgewohnheitsrecht sich sowohl innerhalb, als auch ausserhalb des Rahmens der §§ 157 und 242 B.G.B. bilden könne, und zwar ausserhalb jenes Anwendungsgebiets nur praeter legem, innerhalb desselben dagegen auch contra legem (dispositivam). Particulares Gewohnheitsrecht könne sich dagegen überhaupt nie ausserhalb, sondern stets nur innerhalb jenes Rahmens entwickeln, insoweit aber auch gleichfalls contra legem dispositivam. Damit setzt sich Staub in bewussten Gegensatz zu Eck, Endemann und der amtlichen Denkschrift zum Entwurf eines H.G.B. Sehr interessant ist der Abschnitt über „Fragen der Beweislast“ (S. 12 bis 28), in welcher Staub unter anderem mit Entschiedenheit gegen Stölzel den Satz verficht, dass wer eine von den gesetzlichen Regeln abweichende Sonderabrede bezüglich der accidentalia negotii behaupte, diese zu beweisen habe. Schon aus diesen beiden Beispielen geht hervor, dass Staubs neue Auflage über den Rahmen des eigentlichen Handelsrechts hinaus Beachtung zu beanspruchen hat. Dass der Commentator des deutschen Handelsgesetzbuchs sich der Rechtsvergleichung enthalten musste, ist zwar bedauerlich, aber doch sehr begreiflich. Hoffentlich schreitet die neue Auflage, die im Verhältniss zu den früheren nahezu ein neues Werk genannt werden kann, recht schnell vorwärts, so dass zur Wende des Jahrhunderts mit dem vollständigen Inkrafttreten des neuen Handelsgesetzbuch — der 6. Abschnitt des 1. Buches ist bekanntlich bereits am 1. Januar 1898 zur Anwendung gelangt — der mit Recht so beliebte Kommentar sich vollständig in den Händen der am Handelsrecht interessierten Kreise befindet.

Zürich. **Georg Cohn.**

Verzeichniss der bei der Redaktion vom Januar 1891 bis 9. Februar 1899 eingegangenen und nicht besonders recensirten Schriften [1]).

Spuhn, Fritz. La riforma del Codice di commercio e la società anonima. Torino 1891.

Börsenblatt (Beilage zu Nr. 31). Entwurf der Verlagsordnung.

Stokes, Whitley. Second supplement to the Anglo-Indian Codes. Oxford 1891.

Szanto. Das Griechische Bürgerrecht. Freiburg, Mohr. 1892.

Klein. Immaterialgüter. Zeitschrift für Urheber-, Patent-, Muster-, Modell, Marken-, Industrie-Schutz-R. Nr. 1.

Hipler. Ruin des Volksgewissens.

Lassen. Haandbog i Obligationsretten. Kjobenhavn, Gad.

Kiraly. Geschichte des Donau-Maut- und Urfahr-Rechts der königl. Freistadt Pressburg. Pressburg, Drodtleff. 1892.

Lehr. Traité élement. de droit civil germanique I. II. Paris 1892.

Grünhut. Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. XIX. ff.

König. Haftpflicht des Verkäufers von Inhaberpapieren. Berlin, Putkammer u. Mühlbrecht. 1892.

Audibert. L'histoire du droit romain. I. Folie et prodigalité. Paris, Larose et Forcel. 1892.

Affolter. Grundzüge des allgem. Staatsrechts. Stuttgart, Enke. 1892.

Hirsch, P. Die Principien des Sachbesitzerwerbs- und Verlustes nach röm. Recht. Leipz., Duncker u. Humblot. 1892.

Daubenspeck. Referat, Votum und Urtheil. 4. Aufl. Berlin, Vahlen. 1892.

Rindfleisch. Die Verjährung der Strafvollstreckung.

Gleim. Das Recht der Eisenbahnen in Preussen. I. 2. 1. Abth. Berlin, Vahlen. 1892.

---

[1]) Vgl. oben Bd. X S. 477 ff.

Schiffner. Die geplanten Höfebücher für Deutschtyrol. Berlin 1892.

Lutsch. Die Handhabung der Schiffsquarantäne. Hamb. Verl.-Anst. u. Druck. A.-G. 1892.

Pfizer. Die Berufung in Strafsachen. D. Zeit- u. Streitfragen. N. F. 6. Jahrg. Hft. 40. Hamb. Verl.-Anst. 1891.

Fuld. Die Verstaatlichung des Grund u. Bodens. Hamb. Verl.-Anst. u. Dr. A.-G. 1892.

Rettich. Prisenrecht und Flussschiffahrt. Hamb. Verl.-Anst. u. Dr. A.-G. 1892.

Meili. Geschichte u. System des intern. Privatrechts im Grundriss. Leipz., Duncker u. Humblot. 1892.

Fruin. Oude vaderlandsche Rechtsbronnen XIII. De middeleeuwsche Rechtsbronnen der kleine steden vur het nedersticht van Utrecht. I. s'Gravenhage 1892.

Demelius, E. Zur Lehre von der Rechtskraft des Civilurtheils nach österr. Recht. 1892.

Bemmelen, P. v. Les notions fondamentales du droit civil. I, 1. Amsterdam 1892.

Stoos, C. Die Grundzüge des Schweiz. Strafrechts I, II, III. Basel-Genf. 1892. 1893.

Osterrieth, A. Altes und Neues zur Lehre vom Urheberrecht. Leipz., Hirschfeld. 1892.

Wegele, H. Zur Geschichte der falschen Anschuldigung. Ansbach, Brügel u. S. 1892.

Zürcher, E. Die neuen Horizonte im Strafrecht.

Eger, G. Die Folgen der Transportverhinderung u. Art. 18 des intern. Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr. Sep.-Abdr. a. Beitr. zur Erl. d. d. R.

Ferraris, C. F. Principii di scienza bancaria. Milano 1892.

Cossa, Luigi. Introduzione nello studio dell' economia politica. 3 Ed. 1892.

Gasca. Il codice ferroviario. IV.

Deutsch, L. Sammlung obergerichtlicher Entscheidungen aus allen Gebieten des Civil- u. Strafrechts. 1891. Wien.

Kurella. Cesare Lombroso und die Naturgeschichte des Verbrechens.

Kohler. Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz. 1892.

Bachem. Der unlautere Wettbewerb in Handel und Gewerbe und dessen Bekämpfung. Köln, Bachem.

Köhne, P. Krankenversicherungsgesetz v. 15. Juni 1883, 10. April 1892. Stuttgart 1892.

Cohen, Gustav. Ueber die Strafgewalt des Staates. Hannover, Cohen. 1892.

Rostocker Juristenfacultät. Festgabe für Ihering. Mathiass, Das griech. Schiedsgericht. Lehmann u. Sachsse, Der Kodex von Dominus Passaguerra von Mailand. Oetker, Krim. und civ. Haftung Dritter nach hess. Rechtsquellen. Stuttg., Enke.

Ciccaglione. Le Istutizione pol. e sociali dei Ducati Napolitani. Nap. 1892.

Bergbohm. Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie. I. Leipz., Duncker u. Humblot. 1892.

Fuhr. Strafrechtspflege und Socialpolitik. Berlin, Liebmann. 1892.

Adamkiewicz. Der Rechtsbegriff der Curatel — die Pflegschaft. In syst. Darst. m. Bez. auf d. E. e. B. G.-B. Berlin, Heymann. 1892.

Mittheilungen aus der Justizprüfungskommission. Ueber Proberelationen. 1892 u. 1897.

Kuhlenbeck. Der Schuldbegriff als Einheit von Wille und Vorstellung. Leipz., Hirschfeld. 1892.

Krüger. Beitr. zur Lehre von der exceptio doli. Heft 1. Halle, Niemeyer. 1892.

Pernice. Labeo. Röm. Pr. R. im 1. Jahrh. der Kaiserzeit. III. 1. Halle, Niemeyer. 1892.

Schmidt, Richard. Die aussergerichtlichen Wahrnehmungen des Processrichters. Sächs. Arch. II. 1892.

Petersen, J. Zum Streit über Klagegrund und Klageänderung. Sächs. Arch. II. 1892.

Bar, L. v. Lehrbuch des intern. Privat- und Strafrechts. Stuttg., Enke. 1892.

Bezemer. Oude Rechtsbronnen der Stad Breda. s'Gravenhage. 1892.

Stenglein, Appelius, Kleinfeller. Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reichs. Berlin, Liebmann. 1892. 1. u. 2. Suppl. 1894. 2. Ed. 1895—98.

Hergenhahn. Reichsgesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Berlin, Liebmann. 1892.

Baron. Peregrinenrecht u. jus gentium. Festschr. für Ihering. Leipz., Duncker u. Humblot. 1892.

Dargun. Mutterrecht und Vaterrecht. Leipz., Duncker u. Humblot. 1892.

Kulemann. Der Arbeiterschutz sonst und jetzt in Deutschland und im Auslande. Leipz., Duncker u. Humblot. 1893.

Alexander. Die Sonderrechte der Aktionäre. Berl., Liebmann. 1892.

Voigtländer. Die Entwickelung des Verlagsrechts. Geschichte. Wünsche.

Hitzig. Die Assessoren der römischen Magistrate und Richter. München, Ackermann. 1893.

Pfenninger. Grundbestimmungen der kriminalistischen Imputationslehre.

Kieler Festgabe für Ihering (Pappenheim, Frantz, Kipp, Schlossmann). Kiel-Leipzig, Lipsius u. Fischer. 1892.

Ciccaglione. Il diritto sucessorio nella storia del diritto italiano. (Estratto del Dir. Ital.)

Putkammer u. **Mühlbrecht.** 50. Katalog.

Aubert, L. M. B. Grundbogernes Historie. I. Krist., Aschehoug u. Co. 1892.

Zachariae v. Lingenthal. Geschichte des griech.-röm. Rechts.

Pfaff, Ivo. Zur Lehre vom sogen. in fraudem legis agere.

Binding. Die Staatsgrundgesetze. 1. 3. 6. Hft. Leipzig 1893.

Breslauer Festgabe für Ihering. Wlassak, Fischer. Breslau, Schletter. 1892.

Grigore. V. Maniu, Dreptul Comercial. Vol. 1. Bucarest 1893.

René Worms. Revue intern. de Sociologie I. 1. Paris, Girard et Brière.

Leithner. Was ist Recht? Leipz., Wiest. 1893.

Rivista Internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie.

Publicazione Period. dell unione cattol. per gli studi sociali in Italia. I ff. Rom 1893, 94, 96.

Flach, Jaques. Les origines de l'ancienne France. X. et XI. siècle. II. Paris 1893.

Hohenemser, H. Die Konsumtion des Geldes durch Vermischung und Verausgabung. Marburg, Elwert. 1893.

Lenz, Adolf. Der strafrechtliche Schutz des Pfandrechts. Stuttg., Enke. 1893.

Durkheim, E. De la division du travail social. Paris 1893.

Anzilotti, Dionisio. La filosofia del diritto e la sociologia. Firenze 1892.

Goldfeld, Jul. Streitfragen aus dem deutschen Erbrecht. Hamburg, Meissner. 1892.

Manara. Contro un codice unico delle obbligazione. Torino 1893.

Bücher, K. Die Entstehung der Volkswirthschaft. 6 Vorträge. Tübingen 1893.

Braun, Hegener, Ver Hees. Traité pratique de droit civil allemand. Bruxelles, Berlin 1893.

Stintzing, W. Nondum est ex empto actio. Eine Untersuchung der Lehre von der exceptio non adimpleti contractus. München, Ackermann. 1893.

Schmidt, Georg. Der strafbare Bankbruch in historischer, dogmatischer Entwickelung mit bes. Berücksichtigung der Schuldfrage. München 1893.

Stelling. Ueber die preuss. Post (hypoth. Post, Grundschuldpost). Unt. Erwähnung der bremischen Handfeste. Leipz., Duncker u. Humblot. 1893.

Randa, Ant. Das Eigenthumsrecht. 1. Hälfte. 2. Aufl. Leipz. 1893.

Menzel, Ad. Die Arbeiterversicherung nach österreich. Recht. Leipz., Duncker u. Humblot. 1893.

Deutsch. Sammlung oberstgericht. Entsch. aus allen Gebieten des Civil- u. Strafrechts, publ. i. J. 1892. Wien, Braumüller.

Eger, G. Die Nothwendigkeit einer Revision des preuss. Enteignungsgesetzes. 2. Ed. Breslau, Kern. 1893.

Adler, S. Eheliches Güterrecht und Abschichtungsrecht nach den ältesten bayrischen Rechtsquellen. Leipz., Duncker u. Humblot. 1893.

de Greef. Les lois sociologiques. Paris 1893.

Mühlbrecht, Otto. Uebersicht der gesammten Staats- u. rechtswiss. Litteratur d. Jahrh. 1892. dito 1895 u. 1897.

Apt, M. Die grundlegenden Entscheidungen des Reichsgerichts. II. Rhein. Civilrecht.

Horten, H. Die Personalexekution in Geschichte u. Dogma. I—II. Wien, Manz. 1893—95.

Endemann, W. Von dem alten Reichskammergericht. Sep.-A. aus Ztschr. f. Dt. Civilproc.

Bruckner. Zur Geschichte des Fideikommisses. München, Ackermann. 1893.

Huther. Der Causalzusammenhang als Voraussetzung des Strafrechts. Wismar, Hinstorff. 1893.

Strempel, G. L. Die Blankocession nach gemeinem Recht. Wismar 1893.

Cortlandt F. Bishop. History of elections in the American colonies. Columbia-College III Nr. 1. New-York 1893.

Benedict, Edm. Bemerkungen über das Urheberrecht und den Gesetzentwurf der österreich. Regierung. Wien, Jur. Blätter. 1893.

Post, A. H. Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz. I—II. Oldenburg u. Leipz. 1894—95.

Mollat, G. Lesebuch zur Geschichte der deutschen Staatswissenschaft von Kant bis Bluntschli. Nebst Nachtrag 1890. 1893.

Collinet, P. Etudes sur la saisine privée. Paris 1893.

Bruns (Mommsen und **Gradenwitz).** Fontes iuris Romani antiqui. 1893.

Morasso. La evoluzione del diritto.

Böhm. Zeitschr. f. intern. Privat- u. Strafrecht. III. IV. V. VI. VII. Erlangen, Palm u. Enke. 1893 ff.

Barazetti. Das Personenrecht nach d. Code Nap. und dem bad. Landrecht, Karlsruhe. 1893.

Jastrow, H. Handbuch für amtsrichterl. Geschäfte. Berlin, Liebmann. 1893.

Eger, G. Kranken-, Unfall-, Invaliditäts- und Alters-Versicherungsgesetze. II. 2. Ed. Berlin, Liebmann. 1893.

Daubenspeck. Die Sprache in den gerichtlichen Entscheidungen. Berlin, Vahlen. 1893.

Kaufmann. Die mitteleurop. Eisenbahnen u. das intern. öffentl. Recht. Leipz., Duncker u. Humblot. 1893.

Brunner. Forschungen zur Geschichte des deutsch. u. französ. Rechts. Ges. Aufs. Stuttgart, Cotta. 1894.

Lenz, Ad. Die Zwangserziehung in England. Stuttg., Enke. 1894.

Horn. Der Causalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrecht. Leipz., Duncker u. Humblot. 1893.

Thayer, J. The origin and scope of the American doctrine of constitutions law. Boston 1893.

Stoos, C. Motive zu dem Vorentwurf eines schweiz. Strafgesetzbuches. Allg. Th. Basel 1893.

Bosse u. **Woedtke.** Reichsgesetz betr. Invaliditäts- und Altersversicherung. Nachtrag. Leipz., Duncker u. Humblot. 1893.

Preuss, W. H. Die englische Staatsverfassung. Oldenburg, Schulze. 1894.

Neuphal, J. de. Etudes orientales. Législation musulmane. Filiation et divorce. St. Petersburg 1893.

Neuphal, J. de. Mariage.

Hecker, Herm. Zur Lehre von der rechtlichen Natur der Versicherungsverträge. 1 Abth. München, Ackermann. 1894.

Deutsche Wochenzeitung in den Niederlanden. II. 1 u. 2. 1894. Amsterdam.

Annario critico di giurisprudenza pratica civile, comm. etc. (Cogliolo.) Genova 1893.

Bruni, E. Codice doganale italiano. Milano 1894.

Mazzacolo, E. La legge communale e provinciale. 3. Ed. 1894. Milano.

Νομικη βιβλιοθηκη δικαστικος οργανισμος ὕπο Γεωργιου Ν. Φιλαρετου. εκδοτης Ανεστης κωνσταντινιδης. Athen 1894.

Stenglein, M. Wider die Berufung. Berlin, Liebmann. 1894.

Silberschmidt, W. Die Entstehung des deutsch. Handelsgerichts. Leipz. 1894.

Preuss. Archiv. Samml. der Reichs- u. preuss. Landesgesetze. (Weissler.) Halle. 1894. I. 1. 2.

Niemeyer. Positives intern. Privatrecht. I. Leipz., Duncker u. Humblot. 1894.

Barazetti, C. Die Vormundschaft (la tutelle), die Pflegschaft (la curatelle) und die Beistandspflicht (le conseil) nach dem Code Nap. u. d. bad. Landrecht. Hannover, Helwing. 1894.

Hildebrand. Ueber das Problem einer allgemeinen Entwicklungsgeschichte des Rechts und der Sitte. Graz, Leuschner und Lubensky. 1894.

Bulmerincq, Aug. von. Der Ursprung der Stadtverfassung Rigas. Leipz., Duncker u. Humblot. 1894.

Huber. System u. Geschichte d. Schweiz. Pr. R. IV. Basel, Reich. 1893.

Brunner. Deutsche Rechtsgeschichte II. Leipz. 1892.

Riesser. Einfluss handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines B. G. B. Stuttg., Enke.

Behring. Die Rechte an öffentlichen Wegen. Berlin, Vahlen. 1894.

Wilmowsky u. **Levy.** Handausgabe der Civilprocessordnung.

Tidsskrift for Retswidenskab. 1894. 1.

Demelius. Krit. Studien zu den Gesetzentwürfen aus d. J. 1893 betr. d. Reform des civilgerichtl. Verf. in Oesterreich. I. Wien, Manz. 1894.

Koffka, E. Die Reichswuchergesetze v. 24. Mai 1880 u. 19. Juni 1893. Berlin, Vahlen. 1894.

Bunge, Th. v. Aus dem baltischen Rechtsleben der Neuzeit. Mitau. 1894.

Lagenpusch. Das germanische Recht im Heliand. Breslau, Köbner. 1894. (Gierke, Unters. 46.)

Hoffmann u. **Groth.** Deutsche Bürgerkunde. Kl. Handbuch des politisch Wissenswerten für Jedermann. Leipz. 1894.

Daubenspeck. Referat, Votum, Urtheil. 5. Ed. Berlin, Vahlen. 1894.

Bornträger. Compendium der gerichtsärztl. Praxis. Leipz. 1894.

Caetani, G. Mississipiani. Rom 1894.

Kapnist, J. Code d'organisation judiciaire de l'empire de Russie de 1864. Ed. de 1883 avec suppl. de 1890. Trad. et. annoté. Paris 1893. II. Impr. nat.

Oesterr. Centralblatt (Geller. XII. 7.)

Dahn, F. Die Könige der Germanen VII. 2. u. 3. Abth. Leipz., Breitkopf u. Härtel. 1894.

Ihering, R. v. Vorgeschichte der Indoeuropäer. Aus d. Nachlass herausg. Leipz., Duncker u. Humblot. 1894.

Parmod. Antisemitismus u. Strafrechtspflege. Berlin 1894.

Eger, G. Das intern. Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr v. 14. Oktober 1890. Schluss. 1894.

Niemeyer, H. Zur Methodik des intern. Privatrechts. Leipz., Duncker u. Humblot. 1894.

Groschuff, Eichhorn u. **Delius.** Die preussischen Strafgesetze. Lief. 1. 2. Berlin, Liebmann. 1894.

Herold, O. Die Erbtheilung in der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit nach k. sächs. Recht. Leipzig, Breitkopf u. Härtel. 1894.

Il Filangieri. XIX. 1894. I. II.

La scienza del diritto privato. II. fasc. Firenze 1894. Juli.

Schwarze. Zur Abänderung der Civilprozessordnung. Berlin 1894.

Becker, G. Reichsgesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte v. 16. Mai 1894. Berlin, Thiele. 1894.

Nippold, Otfr. Der völkerrechtliche Vertrag, seine Stellung im Rechtssystem u. seine Bedeutung für das internationale Recht. Bern 1894.

Neuzeit. Wochenschrift zum Schutze des geistigen und handelsgewerbl. Eigenthums. III. 1894.

Heck, Ph. Die altfries. Gerichtsverfassung mit sprachwiss. Beitr. von Th. Sibs. Weimar, Böhlau. 1894.

Calker, F. v. Die Delikte gegen das Urheberrecht nach deutsch. Reichsrecht. Halle, Niemeyer. 1894.

Hitzig, H. Das griechische Pfandrecht. München, Ackermann. 1895.

Heymann, Ernst. Das Vorschützen der Verjährung. Breslau 1895.

Staub, Herm. Kommentar z. allg. D.H.G.B. 3. Ed. 2. Lief. Berlin, Heine. 1895.

Friedmann, O. Bemerkungen zum Entwurfe einer Strafprozessnovelle. Wien 1894.

Friedmann, O. Geheime Verhandlungen u. Wahrung von Geheimnissen im ger. Verfahren. Wien, Hölder. 1895.

Immerwahr. Die Verschweigung im deutschen Recht. Gierke, Unters. 48. Breslau, Köbner. 1895.

Aschrott. Die Reform des Strafverfahrens. Berlin, Liebmann. 1895.

Stangl. Konkordat und Religionsedikt.

Prezewalsky. Schweizer Strafgesetzentwurf. (Russisch.)

Meyer, E. H. Wilh. Theilungsverbot, Anerbenrecht u. Beschränkung der Brautschätze beim bäuerlichen Grundbesitze Lippes. Berlin, Putkammer u. Mühlbrecht. 1895.

Εφημερις της ελληνικης και γαλλικης νομολογιας. IV. 4.

Schmidt, Rich. Die Aufgaben der Strafrechtspflege. Leipz., Duncker u. Humblot. 1895.

Träger, L. Wille, Determinismus, Strafe. Berlin, Putkammer u. Mühlbrecht. 1895.

Köpke, F. Ueber gewerbliche Schiedsgerichte. Zürich, Raustein. 1895.

Eger, G. Die gesch. Entwickelung des Eisenbahntransportrechts in Preussen. 1895.

Eger, G. Eisenbahnrechtl. Entscheid. XI. XII. XIII. XIV. XV. 1. 2. 3. Breslau 1895—1898.

Wach, Ad. Die Mündlichkeit im österreich. Civilprozessentwurf. Wien, Manz. 1895.

Ergänzungsband z. **Centralblatt** für Rechtswissenschaft. Jurist. Literaturbericht 1894. (Kirchenheim.) Leipz. 1895.

Schimmelpfennig. Praktische Urkunde für den Handelsverkehr. 1. Vertretung im Konkursverfahren. 1895. 2. Wechselrecht. 1896. Berlin.

Rivera. Administracion politica i derecho administrativo. Santiago de Chile 1894.

Siegel, C. Verwechslungsfälle bei Anstiftung. Göttingen, Kastner. 1895.

Engelmann. Die Schuldlehre der Postglossataren und ihre Fortentwickelung. Leipz., Duncker u. Humblot. 1895.

Mollat, G. Reden u. Redner d. ersten deutschen Parlaments. Osterwieck a. H., Zickfeldt. 1895.

Bornhak, C. Die Thronfolge im Fürstenthum Lippe. Berlin, Fontane u. Co. 1895.

Hirsch, Paul. Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge. Leipzig, Duncker u. Humblot. 1895.

Petrone, J. La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania. Pisa 1895.

Büttner, C. Die Sonntagsruhe im Gewerbebetrieb u. im Handelsgewerbe. Leipz., Berger. 1895.

Cohn, Georg. Das neue deutsche bürg. Recht in Sprüchen. Berlin, Liebmann. I. 1896. II. 1897.

Neukamp. Einleitung in eine Entwickelungsgeschichte des Rechts. I. Berlin, Heymann. 1895.

Bozi. Bekämpfung des Gewohnheitsverbrechens. Berlin, Liebmann. 1895.

Hippel, v. Die strafrechtliche Bekämpfung von Bettel, Landstreicherei und Arbeitsscheu. Berlin, Liebmann. 1895.

Schuler. Concurrence déloyale. Zürich, Raustein. 1895.

Baumgartner. Zeitschr. f. Vers. Recht u. Wissenschaft I. 1.

Wstinc. Het Rechtsboek van den Dom van Utrecht utg. door S. Muller. s'Gravenhage, Nijhoff.

Niemeyer. Zur Codification des intern. Privatrechts. Leipzig, Duncker u. Humblot. 1895.

Schwind u. **Dopsch.** Ausgewählte Urkunden zur Verfassungsgeschichte der deutsch-österr. Erblande im Mittelalter. Innsbruck, Wagner. 1895.

Schultze, Alfred. Die langobard. Treuhand. Gierke Unters. 49. Breslau, Köbner. 1895.

Köppen, A. Lehrbuch des heutigen röm. Erbrechts. Abth. III. Würzb., Stuber. 1895.

Carette, E. Les assemblées provinciales de la Gaule Romaine. Paris, Picard et fils. 1895.

Dahlmann. Das Mahabarata als Epos u. Rechtsbuch. Berlin, Dames. 1895.

Brocher de la Fléchère. Philosophie de l'histoire du droit. Genève, George u. Co. 1895.

Bödiker. Die Arbeiterversicherung in den europäischen Staaten. Leipz., Duncker u. Humblot. 1895.

Canstein, Dr. R. Freiherr v., Das Handelsrecht. I u. II. Berlin 1896.

Leske u. **Löwenfeld.** Die Rechtsverfolgung im intern. Verkehr. I. II. Berlin, Heymann. 1895. 1897.

La Fontaine et Otlet. Sociologie de droit. Brüssel 1. 2. 1895.

Rascio. Sistema positivo del diritto di posesso e proprietà. 2. Ed. Neapel, Anfossi. 1895.

Peltzer, J. Die Begründung von Rentengütern u. das Grundbuch im Gebiet des Preuss. L. R. Berlin, Vahlen. 1895.

Bulling. Die Rechte der unehelichen Kinder nach dem Entw. krit. beleuchtet. Berl., Rosenbaum u. Hart. 1895.

Kuhlenbeck. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Hft. 1—6. Berlin, Moeser. 1895—1898.

Sohm, Rud. Ueber den Entwurf eines B. G. B. f. d. D. R. in zweiter Les. Vortrag. Berlin, Vahlen. 1895.

Streiff, D. Die Religionsfreiheit. Zürich, Speidel. 1895.

Mathis, C. Die preuss. Grundbuchgesetze. 2. Aufl. Berlin, Vahlen. 1895.

Katz, Jul. Das Reichsgesetz betr. d. Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genussmitteln und Gebrauchsgegenständen vom 14. Mai 1879. Berlin, Zuelzer u. Co. 1895.

Guillaume. Code des relations conventionelles entre la Belgique et les Pays-Bas. Bruxelles, Muquardt. 1894.

Guillaume. Code des relations entre la Belgique et la France. Bruxelles, Muquardt. 1894.

Züblin. Die moderne Spionage-Gesetzgebung. Zürich, Speidel. 1895.

Scillamà. Sistema generale del possesso nel diritto civ. moderno. I. Genova, Sordo-Muti. 1895.

Neumann. Internat. Privatrecht. Berl., Vahlen. 1896.

Deutsche Justiz-Statistik. Bearb. im Reichsjustizamt. Jahrg. VII. Berlin, Putkammer. 1895. VIII. 1897.

Guillaume. Le mariage au droit intern. privé. Bruxelles, Muquardt. 1894.

Grüttefien, E. Die Thäterschaft des verantwortlichen Redakteurs. Berlin. Liebmann. 1895.

American Journal of Sociology 1896—1897.

Barazetti. Das Eltern- u. Kindesrecht nach dem Code Nap. u. dem bad. Landrecht. Hannover, Helwing. 1896.

Dahn, F. Ueber den Begriff des Rechts. Bresl. Rekt.-Rede. Leipz., Breitkopf u. Härtel. 1895.

Die **Kriminalität der Juden** in Deutschland. I. Berlin, Cronbach. 1896.

Norges gamle love. V. 2. Christiania. 1895.

Hill, Ad. Der subsidiäre Charakter der Nöthigung. Marburg, Elwert. 1896.

Pfeiffer, H. Beitr. zur Interpretation des § 113 Str.G.B. Marburg, Elwert. 1895.

Schauer, H. Civilprocessordnung u. Jurisdiktionsnorm v. 1. Aug. 1895. Wien, Manz. 1896.

Sorani. Della cambiale e dell' assegno bancario. Berlin, Putkammer u. Mühlbrecht. 1896.

Schreuer, H. Die Behandlung der Verbrechens-Conkurrenz in dem Volksrecht. Gierke, Unters. 50. Bresl., Koebner. 1896.

Jobbé-Duval. Étude sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains, I. Paris, Rousseau. 1896.

Stölzel, A. Schulung für die civilist. Praxis. 2. Ed. Berlin, Vahlen. 1896.

Wretschko, v. Das Ges. v. 26. Dezember 1895 betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur, Kunst u. Photographie. Wien, Manz. 1896.

Laband. Der Streit über die Thronfolge im Fürstenthum Lippe. Berlin, Liebmann. 1896.

Vredenburch. v. De Staatsleer van Hegel. Utrecht, P. de Boer. 1896.

Staub. Commentar z. Allgem. D. Wechselordnung. 2. Aufl. Berlin, Heine. 1896.

Dickel. Ueber Beschränkung der Anwärter des höheren Justizdienstes u. die Vorbildung der Juristen in Preussen 1896. Berl., Putkammer u. Mühlbrecht.

Guesalaga. Estudio de las Leyes de la Guerra. 1896.

Reitz. Das Gesetz über die Landwirthschaftskammern 1896. Berl., Putkammer u. Mühlbrecht.

Knieriem. Behauptungspflicht u. Beweislast bei der Klage auf Zahlung eines angemess. Kaufpreises. Berlin, Putkammer u. Mühlbrecht. 1896.

Kaufmann, W. Die Kommissare der Kasse der egypt. Staatsschuld u. das intern. Recht.

Bertholet. Die Stellung der Israeliten zu den Fremden. 1896.

Leist. Alt-arisches jus civile. 2. Abth. Jena, Fischer. 1896.

Parey. Die Rechtsgrundsätze des kgl. preuss. Oberverwaltungsgerichts. Erg.-Band, 2. Ed. Berlin, Heine. 1896.

Deutsche Juristenzeitung. I Nr. 7. Berlin, Liebmann. 1896.

Hürlimann, O. Die Haftung der Erben f. d. Bürgschaftsschulden des Erblassers n. schweiz. Recht. Basel, Reich. 1896.

Gmür, M. Die Haftbarkeit der Erben für die Bürgschaftsschulden des Erblassers n. schweiz. Recht. Basel, Reich. 1896.

Weisflog, J. H. Die Haftung d. Erben f. d. Bürgschaftsschulden des Erblassers n. schweiz. Recht. Basel, Reich. 1897.

Feller. Miscelle (Urheberrecht). S. A. a. Z. f. Schwz. R.

Rocke, P. Das Reichsges. betr. den Feingehalt der Gold- und Silberwaaren. Leipz., Diebener. 1896.

Kurnig. Philosophie pratique, principes de nihilisme humanitaire néo nihilisme. s. a.

Kurnig. Nouvelle appréciation de l'instinct sexuel — pessimisme — jurisprudence, psychiatrie. 1896.

Grosse. Die Formen der Familie und die Formen der Wirthschaft. Leipz. 1896.

Störk, F. Die Litteratur des internat. Rechts. 1884—1894. Leipz. 1896.

Friedrichs, K. Universales Oblig.-Recht. Berlin 1896.

Zenk, Fr. Die Oeffentlichkeit im Militärstrafprozess zus. den ihr verwandt. Materien beleuchtet. 2. Aufl. Würzb., Gnad u. Comp. 1896.

Reuling. Die Provisionsansprüche der Grundstücksvermittler. Berlin 1896.

Braun, Ed. Finden die Grundsätze des Kaufes auf die emptio spei Anwendung? Leipz., Braun. 1896.

La Giustizia Penale. Rivista crit. sett. di dottrine, giurisprudenza e legislazione II. III. IV. V. 1—3.

Hildebrand, Rich. Recht u. Sitte auf den versch. wirthschaftlichen Kulturstufen. 1. Th. Jena, Fischer. 1896.

Erman, H. Servus vicarius, l'esclave de l'esclave romain. Lausanne, Viret u. Genton. 1896.

Bremer. Jurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt. I. Leipz., Teubner. 1896.

Publikationen des **Börsenvereins.** IX. Beiträge zum Urheberrecht. Leipz. 1896.

Schuster v. Bonnot, F. Oesterr. Civilprozessrecht. Wien, Manz. 1896.

Recueil publié par la faculté de droit de Lausanne à l'occasion de l'exposition nationale suisse à Genève. Lausanne, Viret u. Genton. 1896.

Freytag u. **Berndt.** Statistisches Diagramm. Atlas z. Abdruck f. Zeitungen. Als Manuscript gedr. Wien 1896.

Kunze u. **Kautz.** Die Rechtsgrundsätze des Kgl. Preuss. Ober-Verwalt.-Gerichts. (Parey.) 2. Ed. Berlin, 1896. 3. Ed. 1897 bis 1898.

Holland. The elements of jurisprudence. Oxford. 11. Ed. 1896.

Ferriani. Minderjährige Verbrecher. Deutsch von Ruhemann. Berlin, Cronbach. 1896.

Quenstedt. Die deutsche Gestaltung d. Civilprozesses. Marburg, Elwert. 1896.

Krobitsch. Die Verfügung in Strafsachen. Berlin, Vahlen. 1896.

Laneyrie et Dubois. Code civil portugais du 1 Juillet 1867 trad. et annoté. Paris, Impr. nat. 1896.

Urban. Verfahren nach der neuen Civilprozessordnung. 2. Aufl. Leipz., Künstner. 1896.

Lotmar, Ph. Der unmoralische Vertrag. Leipz., Duncker u. Humblot. 1896.

Jobbé-Duval, E. La commune annamite. Paris 1896.

Buzzoni, A. (Enrico Monti.) Popolarizzazione delle leggi. Milano 1896.

Overvoorde, J. C. et **Joosting**, J. G. Ch. De Gilden van Utrecht tot 1528. 2 Deel. s'Gravenhage, Nijhoff. 1896.

Fragapane. Il problema delle origini del diritto. Roma 1896.

Salvioli e **d'Aguanno.** Rivista di storia e filosofia del diritto. Palermo 1897.

Vaccaro e **Fragapane.** Rivista scientifica del diritto. 1. Roma 1897.

Gretener. Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage. Berlin 1897.

Preux. La loi du Vinodol. trad. et annoté. Paris 1897.

Achelis. Post u. die vgl. Rechtswissenschaft. Hamb. 1896.

Jaeckel. Reichsges. üb. die Zwangsversteigerung u. die Zwangsverwaltung. Berl., Vahlen. 1897.

Sighele. Psychologie von Massenverbrechen (übers. v. Kurella). Dresden u. Leipz. 1897.

Affolter. Das römische Institutionensystem. Berlin, Putkammer u. Mühlbrecht. 1897.

Horten. Die langobard. Schuldverpflichtung. Wien, Manz. 1896.

Nessel. Das Pfändungspfandrecht u. der Interventionsprozess nach preuss. Recht. Berl., Vahlen. 1897.

Bulletin de l'association Belge pour l'unification du droit maritime. Bruxelles. 1897.

Pfizer, G. Das Recht des bürgerl. G.B. gemeinverständlich dargest. 1. Lief. Ravensburg 1897.

Ferrini. Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa. Berlin, Calvary. 1897.

Efendi, Mehmed Emin. Kultur u. Humanität. Würzb. 1897.

Neumann, Georg. Commentar zu d. Civilprocessgesetz v. 1. Aug. 1895. 1. Lief. 1897. Wien.

Leonhard. Die Vollendung des D. B. G. B. Marburg, Elwert. 1897.

Wolff, Paul. Verfügungen in Grundbuchsachen. Berlin, v. Decker. 1897.

Rivista Italiana di Sociologia. 1897. I. 1—3.

Andler, Ch. Les origines du socialisme d'état en Allemagne. Paris 1897.

Zitelmann. Intern. Privatrecht. I. Leipz., Duncker u. Humblot. 1897.

Cornil. Contributions à l'étude de la Patria Potestas. 1897.

Battaglia. Versuch einer syst. u. krit. Darstellung des allgem. modernen Auswanderungsrechts. Triest, Schimpff. 1897.

Weissler. Preuss. Landesprivatrecht. 1. 2. 3. 1897—98. Leipzig.

Jaffé, P. Der Briefbeförderungsvertrag. Berlin, Putkammer u. Mühlbrecht. 1897.

Riesenfeld. Entwurf zu einem Ges. über Versicherungsgesellschaften für das Königreich Norwegen. S. A. a. Ztschr. f. Vers. R. 1897. Strassburg.

Dickel. Bemerkungen zu dem Entw. des neuen H. G. B. Berlin, Vahlen. 1897.

Ferriani (übers. v. Ruhemann). Entartete Mütter. Berlin, Rossbach. 1897.

Conférence de Bruxelles 1897. Comité marit. intern. Anvers. 1898.

Noradvunghian. Recueil d'actes intern. de l'Empire Ottoman. 1897.

Huber, Max. Die Gemeinderschaften in der Schweiz. Gierke, Unters. 54. 1897.

Engelmann. Das alte u. das neue bürgerl. Recht. 1—4. Berlin, Heine. 1898.

Hirsch. Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder.

Wulff. Gefängnisse der Justizverwaltung. Erg.-Bd.

Boyens. Deutsches Seerecht I. (Auf Grund des Komm. von Lewis.) Lpz.. Duncker u. Humblot. 1897.

Goldmann u. **Lilienthal.** Das Bürgerl. Gesetzbuch 1. 2. Berlin, Heine. 1897—1898.

Baumgartner. Handwörterbuch des gesammten Versicherungswesens. I. 1. 2. 3. Strassburg, E. Baumgartner.

Löwenstimm. Aberglauben u. Strafrecht. Mit einer Vorrede von Kohler. Berlin, Räde. 1897.

Slowinski. Karl Marx's nationalökon. Irrlehren. Berlin, Räde. 1897.

H. Busse. Graphologie (Fall Dreyfuss). Leipz., List. 1898.

Lehmann. System. der Wissenschaften u. die Stellung der Jurisprudenz. Marburg, Elwert. 1897.

Revue pratique des sociétés civiles et communales. 7. 8.

Lassen. Haandbog d. Obligationsrete. spec. del. Kjobenhavn 1897.

Verneaux. Association française du droit maritime. Bull. Nr. 2. Havre.

Viollet, P. Histoire des institutions politiques et administr. de la France. II. Paris, Larose. 1898.

Jaehner. Eigenthumserwerb am Wildergut. Lpz., Fock. 1897.

Jahrbuch d. intern. Vereinigung f. gewerbl. Rechtsschutz. I. Berlin, Heymann. 1897.

Pennetti. Falliments.

Friese. Das Strafrecht des Sachsenspiegels. Gierke, Unters. 55. Breslau, Koebner. 1898.

Ulrich. Das Verwaltungsrecht im Rechts- und Kulturstaate der Gegenwart. Prag 1898.

Radó-Rothfeld. Die ungarische Verfassung. Berlin 1898.

Roth, P. v. Bayr. Civilrecht. II. 2. Aufl. unter Berücksichtigung des neuen Reichscivilrechts, bearbeitet von Heinrich Becher. 1. 2. u. 3. Abth. III, 2. Abth. Tübingen, Laupp. 1897—98

Kritische Vierteljahrsschrift. 3. F. II. III. IV. 4. Freiburg, Mohr. 1898.

Innocens. Das Strafverfahren, die Berufung gegen die Urtheile der Strafkammern 1. Instanz, der dolus eventualis, das Begnadigungsrecht in Deutschland. Zürich 1898. Speidel.

Mühlbrecht, O. Bibliogr. d. Bürgerl. Gesetzbuchs f. das Dt. Reich. Berlin 1898. Putk. u. Mühlbr.

Pfordten-Nürnberg. Das neue deutsche Civilrecht in Einzeldarstellungen. Allg. Th. Fürth, Rosenberg. 1898.

Helmrich. Paragraphen-Schlüssel zum Dt. bürgerl. Gesetzbuch, dem Einf.-Ges. und den sämmtlichen Entwürfen. Jena, Leipz., Raumann. 1898.

Mauckisch. Reichsstrafgesetzbuch. (Meinholds Jur. Handbibl. Nr. 887.) Leipz., Berger. 1898.

Mitteis. Zur Kenntniss des liter. artist. Urheberrechts nach dem österr. Ges. v. 26. Dez. 1895. Stuttg., Cotta. 1898.

Suess. Die Stellung der Parteien im modernen Strafprozesse. Wien, Manz. 1898.

Brini. Schema per un codice civile nella republica di Sanmarino. Bologna, Garagnani e figli. 1898.

Garelli. La proprietà sociale. Milano, Hoepli. 1898.

Nyssens, Corbeau, Schicks. Revue pratique des societés civiles et commerciales. Bruxelles 1897. IX, 7. 8.

Sgalitzer. Zeitschr. f. ungar. öffentliches u. Privatrecht. 4, I—IV. 1898. Budapest, Selbstverlag.

Reichel. Das Gewerbegericht. Anhang. Kaufm. „Schiedsgerichte". Herrnhut, G. Winter. 1898.

Publications of the American Academy of political and social science.

Conférence d'Anvers. Sept. 1898. De l'abordage etc. Anvers. Buschmann.

Meili, Fr. Institutionen der vergl. Rechtswissenschaft. Stuttgart, Enke. 1898.

Comité maritime intern. Conférence d'Anvers. De la responsabilité des Propirétaires de Navire. Anvers, Buschmann. 1898.

Alberti, O. v. Notwehr heute und in den Volksrechten. Stuttg., Kohlhammer. 1898.

Harder und **Daguin.** Kosmodike I, 8 u. 9. 1898.

Dernburg, H. Das bürg. R. des Dt. R. u. Preussen. Bd. III. Das Sachenrecht d. D. R. u. Preussens. Halle. Verl. d. Buchh. d. Waisenhauses. 1898.

Siebdrat. Das Gerichtsverfassungsgesetz in der am 1. Jan. 1900 gelt. Fassung. Leipz., Berger. 1898.

Siebdrat. Die Strafprozessordnung und das Gesetz betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen. Leipz., Berger. 1898.

Billeter, Geschichte des Zinsfusses im griech.-röm. Alterthum bis auf Justinian. Leipz., Teubner. 1898.

Schwartz, E. Die Verfassungsurkunde für den Preuss. Staat, vom 31. Januar 1850, nebst Erg.-Ges. u. Einl. Bibl. d. ges. Lit. 1192—1196. Halle, Hendel.

Scala, R. v., Die Staatsverträge des Alterthums. 1. Leipz., Teubner. 1898.

Cantor, M. Polit. Arithmetik oder die Arithmetik des täglichen Lebens. Leipz., Teubner. 1898.

Fränkel, A. Das Familienrecht des bürgerl. Gesetzbuchs für das

Dt. Reich unter Ausschluss der Vormundschaft. Hannover, 1898. Helwing.

Kolisch. Die Gewerbeordnung für das Dt. Reich mit den Ausführungsbestimmungen. I, §§ 1—104. Hannover, Helwing. 1898.

Jäger. Erbenhaftung und Nachlasskonkurs im neuen Reichsrecht. Berl., Heine. 1898.

Melliger, C. Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei wichtigen Verträgen nach dem gem. und schweiz. Obl.-R. sowie dem Dt. bürgerl. Gesetzbuch. 2. Aufl. Zürich 1898. Zürcher u. Furrer.

Clemens. Strafrecht und Politik. Krim. polit. Gedanken eines alten Richters. Berlin, Liebmann. 1898.

Journal of Political Economy. Vol. 6. Sept. 1898. Nr. 4. Chicago.

American Journal of Sociology. IV, 3. Chicago 1898.

Kaufmann. Die Rechtskraft des internationalen Rechts. Stuttg., Enke. 1899.

Franke (H. Wortmann). Die Lösung der sozialen Frage. Zürich-Säckingen, Selbstverlag.

